Versuch

einer philosophisch juristischen Darstellung

des

Erbrechts

nach Anleitung des römischen Rechts,
neuerer Gesetzbücher und mehrerer Landesstatuten
mit Gesetzesvorschlägen

von

Carl Friedrich von Dalwigk,

Präsidenten des herzogl. Nassauischen Oberappellationsgerichts,
mehrerer hohen Orden Commandeur und Ritter.

Zweiter Theil.

Wiesbaden,
bei L. Schellenberg, Hofbuchhändler und Hofbuchdrucker.
1820.

Divinae quidem res perfectissimae sunt; humani vero juris conditio, semper in infinitum decurrit, et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit; multas enim formas edere natura novas deproperat.

Imperat. *Justinianus* §. 18 de confirmat. Digest.

Inhalt des zweiten Theils.

Erste Abtheilung.

Vorwort.

Von Erwerbung des Eigenthums durch letzte Willensanordnungen.

Erster Abschnitt.

Von letztwilligen Anordnungen überhaupt, der Fähigkeit sie zu machen, und der Erbeseinsetzung.

§. 1. Erklärung des letzten Willens. Erfordernisse.
§. 2—8. Wer kann testiren, und wer ist nicht dazu befugt?
§. 9. Wer kann durch letztwillige Anordnung erwerben?
§. 10—18. Modalität der Erbeseinsetzung.

Zweiter Abschnitt.

Von der Entsagung und dem Zuwachsrecht.

§. 19. Von der Entsagung.
§. 20—22. Vom Zuwachsrecht.

Dritter Abschnitt.

Form der Erklärung des letzten Willens.

§. 23—26. Allgemeine Vorschriften.
§. 27. Französische Art zu testiren.
§. 28. Form der gerichtlichen Testamente. Mündliche.
§. 29—31. Schriftliche.

§. 32. Form der Privattestamente.
§. 33—35. Schriftliches Privattestament.
§. 36. Wirkung der Beziehung des Erblassers auf einen Zettel oder Aufsatz.
§. 37. 38. Mündliches Privattestament.
§. 39. Unfähigkeit der Testamentszeugen.
§. 40. 41. Testamente der Blinden, Tauben und Stummen.
§. 42. 43. Testament des Soldaten.
§. 44. 45. Das während einer Seuche errichtete.
§. 46. 47. Testament der Eltern unter den Kindern ist nicht begünstigt.
§. 48. Das frommen Stiftungen gewidmete Testament.
§. 49. Ungültigkeit der unförmlichen letzten Anordnungen.
§. 50. Ein im Auslande errichtetes Testament ist den Formen des Aufenthaltsortes nicht unterworfen.

Vierter Abschnitt.

Von dem Pflichttheil und der Anrechnung in den Erb- oder Pflichttheil.

§. 51. Wer hat den Pflichttheil zu begehren?
§. 52. 53. Betrag.
§. 54. Der auf das Erbrecht Entsagende oder Unfähige hat keinen Anspruch.
§. 55—57. Enterbungsursachen bei Kindern, bei Eltern.
§. 58. Eine jede ist bestimmt auszudrücken.
§. 59. Art den Pflichttheil zu hinterlassen.
§. 60—63. Rechtsmittel des Notherben bei einer Enterbung oder Verkürzung im Pflichttheil, oder bei gänzlicher Uebergehung.
§. 64. Wer zur Entrichtung des Erb- oder Pflichttheils beizutragen habe.
§. 65. Art der Ausmessung und Berechnung des Pflichttheils.
§. 66. 67. Was wird in den Pflichttheil eingerechnet?
§. 68. Was wird in den Pflichttheil nicht eingerechnet?
§. 69. Anspruch des Notherben auf den nothwendigen Unterhalt.

Fünfter Abschnitt.

Von den Nacherben.

§. 70. Gemeine und fideicommissarische Substitutionen, wie sie geschehen.
§. 71. Rechte aus derselben.
§. 72. Fideicommissarische insbesondere.
§. 73. In wiefern können Eltern ihren Kindern substituiren?
§. 74. Stillschweigende fideicommissarische Substitution.
§. 75. Einschränkung der fideicommissarischen Substitution.
§. 76. Wie ist es mit denen nach errichtetem Testament Gebornen zu halten?
§. 77. Rechte des Erben bei einer fideicommissarischen Substitution. Unterschied, ob bei seinem Leben oder nach seinem Tode die Ueberlassung geschieht.
§. 78. Auslegung der Substitutionen.
§. 79. Erlöschungsarten der gemeinen und fideicommissarischen Substitution.
§. 80. Vorbehalt eines Edicts über die Familienfideicommisse.

Zweite Abtheilung.

Erster Abschnitt

Von den Vermächtnissen.

§. 81. Vorerinnerung.
§. 82. Begriff des Legats.
§. 83 — 86. Wer wird damit beschwert?
§. 87. Substitutionen bei Vermächtnissen.
§. 88. Gegenstände eines Vermächtnisses.
§. 89. Allgemeine Auslegungsregeln.
§. 90 — 92. Besondere Vorschriften über das Vermächtniß. a) Von Sachen einer gewissen Gattung.
§. 93. 94. b) Einer bestimmten Sache.
§. 95. c) Einer fremden Sache.
§. 96 — 99. d) Einer Forderung.
§. 100. e) Eines Heirathsguts.

§. 101. f) Des Unterhalts, der Erziehung oder Kost.
§. 102. g) Der Mobilien, des Hausraths.
§. 103. h) Eines Guts mit dem Inventarium.
§. 104. i) Eines Behältnisses.
§. 105. k) Des Goldes oder Silbers, Wäsche, Equipage.
§. 106. l) Der Baarschaft.
§. 107. m) Ueber die Benennung der Kinder.
§. 108. n) Verwandte.
§. 109. o) Dienstpersonen.
§. 110. Anfallstag bei den Vermächtnissen.
§. 111 113. Zahlungstag.
§. 114. Recht des Legatars zur Sicherstellung.
§. 115. Wem ein erledigtes Vermächtniß zufällt.
§. 116 — 120. Recht des Erben, wenn a) die Lasten die Masse erschöpfen.
§. 121. Oder b) gar übersteigen.

Zweiter Abschnitt.

Von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens.

§. 122. Recht des Erblassers, seinen letzten Willen einzuschränken oder abzuändern.
§. 123. Arten der Einschränkung des letzten Willens. 1) Bedingung.
§. 124. Vorschriften a) über die unerlaubten, unmöglichen und unverständlichen.
§. 125. b) Ueber die möglichen und erlaubten Bedingungen.
§. 126. c) Bedingung, nicht zu heirathen.
§. 127. d) Wenn die Bedingung beim Leben des Erblassers erfüllt worden ist.
§. 128. Die Bedingung ist auf die Nachberufenen nicht auszudehnen.
§. 129. Die bedachte Person muß die Erfüllung der Bedingung überlebt haben.
§. 130. 2) Zeitpunct.
§. 131. Rechtsverhältniß bei einer Bedingung oder einem Zeit=

puncte zwischen der bedachten und ihr nachfolgenden Person.
§. 132. Ein Auftrag ist keine Bedingung.
§. 133 — 136. Von Aufhebung der Anordnungen, und zwar 1) durch Errichtung eines neuen Testaments, in dessen letzterem das erstere mit Benennung eines anderen Erben bestätigt wird.
§. 137. Ungeachtet der in früheren erklärten Unabänderlichkeit (clausula derogatoria).
§. 138. Durch Widerruf.
§. 139 — 141. a) Einen ausdrücklichen. Auflösung einiger Fragen.
§. 142 — 144. b) Stillschweigenden.
§. 145. 146. oder c) einen vermutheten.
§. 147. 3) Durch Entsagung der Erben.

Dritter Abschnitt.

Von Besitznehmung der Erbschaft.

§. 148. Bedingungen zur rechtlichen Besitznehmung einer Erbschaft.
§. 149. Ausweisung des Rechtstitels: Erbeserklärung.
§. 150 — 152. Wirkung der unbedingten und der bedingten Erbeserklärung.
§. 153 — 156. Berechtigung zur bedingten oder unbedingten Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft.
§. 157. Uebertragung des Erbrechts.
§. 158. Vorkehrungen vor der gerichtlichen Uebertragung der Erbschaft. Verwaltung.
§. 159. Sicherstellung und Befriedigung der Gläubiger.
§. 160. Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben.
§. 161. Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger.
§. 162. 163. Wirkung der Einberufung oder der Unterlassung derselben.
§. 164. 165. Ausweisung über die Erfüllung des letzten Willens, entweder vom Testamentsexecutor oder dem Erben.
§. 166. Wann der Besitz der Erbschaft gerichtlich zu übertragen ist.

§. 167. Haftung der gemeinschaftlichen Erben.
§. 168. Sicherheitsmittel der Gläubiger des Erben.
§. 169. Erbschaftsklagen.
§. 170. Wirkung derselben.

Ediktalentwurf über die Uebertragung des Eigenthums durch letzte Willensverordnung, über die Vermächtnisse, die Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens und über die Besitznahme der Erbschaft.

Erste Abtheilung.

Von Erwerbung des Eigenthums durch letzte Willensverordnung.

Vorwort.

Ich habe in der Entwickelung des Intestaterbfolgesystems die letztwillige Disposition als die zweite Art, das Erbrecht zu gewinnen, dargestellt; sie muß dafür angenommen werden, weil die Befugniß, über sein Eigenthum frei, auch zu Gunsten einer dritten, dem Erblasser nicht verwandten Person zu verfügen, zu den Bürgerrechten gehört, und daher in der Regel nicht beschränkt werden kann *). Ein Grundsatz, der nur dann eine

*) Solon ertheilte den Athieniensern die ihnen vorher nicht zugestandene Befugniß zu testiren, wenn keine Kinder vorhanden waren. *Plutarch* in vitam Solonis. *Petitus* ad LL. attic. L. VI. T. 6. p. 498. Adoptiren konnte man durch ein Testament, das gewöhnlich in Gegenwart der Verwandten, der Phratoren und Demoten errichtet wurde. Platner att. R. S. 138. Dies also war bei den Atheniensern die Form der Testamentifaction. Wenn Platner Heidelb. J. B. B. VII S. 1194 auf Isacus S. 139 verweiset, wonach das Testament des Euctemon nicht ohne Zuziehung des κύριος seiner Enkelin wieder aufgehoben

Modification leidet, wenn die nahen Banden des Bluts und des Familienvereins der in der Vernunft gegründe-

---

werden konnte, mithin das rechtliche Interesse dieser letzteren bei diesem Testament concurrirte; so kann man daraus den Schluß ziehen, daß die Erben, oder Namens ihrer diejenigen, unter deren Gewalt sie standen, bei der Testamentserrichtung und bei dessen Aufhebung zugezogen werden mußten. Gehen wir auf die ältesten Zeiten Deutschlands zurück, so war es ganz natürlich, daß die alten Germanen keine Testamente kannten (*Tacitus* de moribus germ. c. 20); denn einmal läßt sich bei einem so rohen, einfachen Volke, wie die Germanen waren, das künstliche, verwickelte Institut einseitiger letzter Willensverordnungen ohnehin nicht wohl denken, und dann durfte ja nach den Begriffen vom Familien-Sammteigenthum kein Gemeiner über das zu dem Geschlechte einmal gekommene Vermögen, selbst nicht unter Lebendigen einseitig disponiren; wie viel weniger konnte also die Befugniß Platz greifen, durch testamentarische Verfügungen das gemeinschaftliche Gut zu entfremden? Was würde aus dem die öffentliche und Privatsicherheit schützenden National- und Familienvereine geworden seyn, wenn jedes einzelne Geschlechtsglied über das Familiengut unter Lebendigen und von Todeswegen willkührlich hätte disponiren können. M. s. Danz Handb. des deutsch. Privatr. B. VII. §. 646. b. S. 295.

In den ältesten Zeiten Roms machte man Testamente in calatis d. i. convocatis comitiis in einer Volksversammlung, daher wurden sie als Gesetze angesehen. Nachher als die Zwölftafelgesetze bekannt wurden und diese sagten: paterfamilias uti legassit, super pecunia tutelave, ita jus esto, wurde die Testamentifaction per aes et libram eingeführt, hiernach konnte man testiren wie man wollte. Erfinderische Rechtsgelehrte führten später eine andere Art zu testiren durch den Familien- oder Vermögenskäufer und libripendens ein, und damit ein wahres Lust-

ten Vermuthung Raum geben, daß das Gefühl und der Instinct den Erblasser bestimmt habe, seine nächsten Angehörigen nicht ganz zu umgehen. Leidet aber unter dieser Modification die Befugniß, auch zum Vortheil einer dritten nicht verwandten Person zu disponiren, keine Beschränkung, muß auch die Vernunft die Gültigkeit letztwilliger Dispositionen anerkennen; so läuft es im Grunde auf einen Wortstreit hinaus, ob letzte Willensverordnungen nach dem französischen Grundsatz ohne Unterschied der Disposition über eine einzelne Sache (Legat) oder über das gesammte Vermögen (hereditas) als Schenkungen, Vermächtnisse gelten sollen, oder aber ob sie als Mittel, das Erbrecht und die daraus fließenden Vortheile, Rechte und Verbindlichkeiten zu gewinnen, zu betrachten sind, da in ein oder dem anderen Falle das Natur- oder rationelle Recht der in einer letzten Willensverordnung bedachten Person dasjenige zuwendet, was darin enthalten ist. Immer ist aber die gesetzliche Erbfolge als Basis des Erbrechts, und die testamentarische oder letztwillige als abweichende Norm zu betrachten.

---

spiel auf, bis die anmaßenden Prätoren aus einem von sieben Zeugen untersiegelten schriftlichen Testament, bonorum possessionem zu geben versprachen. Endlich kam die vierte Art, das testamentum ex constitutionibus principum zum Vorschein, wovon in diesem Theil unter anderen anzuführenden gesetzlichen Vorschriften über letztwillige Anordnungen ebenfalls die Rede seyn wird.

Erster Abschnitt.

Von letztwilligen Anordnungen überhaupt, der Fähigkeit sie zu machen, und der Erbeseinsetzung.

§. 1.

Die einseitige Anordnung eines Erblassers, wodurch er sein Vermögen oder einen Theil desselben einer oder mehreren Personen widerruflich auf den Todesfall überläßt, heißt die Erklärung eines letzten Willens. Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt; so heißt sie Testament, enthält sie nur andere Verfügungen auf den Todesfall; so heißt sie Codizill. Sowohl in der äußeren, als auch in der inneren Form, in soweit sie in der Fähigkeit des Erblassers und der bedachten Person besteht, kommen Testamente und Codizille mit einander überein. Einzelne bestimmte, in einem Testamente oder Codizille Jemandem hinterlassene Gegenstände werden Legate oder Vermächtnisse genannt. Codizille sind auch ohne Testament gültig. Wenn ich nun in der Folge die Codizille mit den Testamenten in eine Cathegorie setze, und abweichend vom römischen Recht (das zu den Codizillen nur fünf, bei außergerichtlichen schriftlichen Testamenten aber mehrere Zeugen erfordert) beide einerlei Förmlichkeiten unterwerfe; so beabsichtige ich zugleich, ohne die Glaubwürdigkeit eines letzten Willens zu schwächen, diese Förmlichkeiten so viel möglich zu vereinfachen. Ueber diejenigen Gegenstände, worüber durch eine letzte Willenserklärung Anforderungen getroffen werden, muß der Erblasser zu verfügen berechtigt gewesen seyn — daß sie in seinem Besitz sich befanden, wird nicht vorausgesetzt — genug, wenn er ein Dispositions-

recht darüber hatte, oder der Erbe dieselbe zu erwerben in den Stand gesetzt ist, z. B. eine fremde Sache, die zum Vermächtniß ausgesetzt worden ist. (Ed. Entw. §. 2.)

I. Wer kann testiren, und wer ist nicht dazu befugt?

§. 2.

Der Erblasser muß das Vermögen besitzen, mit Vernunft und Ueberlegung zu handeln, er muß im Stande der vollen Besonnenheit, mit Ueberlegung und Ernst, frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrthume, bestimmt und deutlich *) seinen Willen erklären. Die Fähigkeit oder Unfähigkeit dazu wird nach dem Zeitpunct beurtheilt, wo er seinen letzten Willen errichtet hat.

§. 3.

Unmündige sind zu testiren unfähig. Minderjährige zwischen 14 und 18 Jahren (impubens) können zwar nach dem römischen Recht nicht einmal unter der Autorität des Vormunds, allein wenn sie der Pubertät nahe sind, mit Dispensation des Regenten oder seiner nachgesetzten Behörden testiren. fr. 5. §. 19. D. 28, 1. fr. 43. pr. D. 28, 6. Das französische Gesetzbuch §. 908 versagt Minderjährigen, die jünger als 16 Jahre alt sind, die Befugniß, zu testiren. Dagegen gestattet es

*) Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent sagt G. Mucius Scävola fr. 73. §. 3. D. 50, 17 und Alfenus Varus, quae in testamento scripta essent, neque intelligerentur, quid significarent ea perinde sunt ac si scripta non essent fr. 2. D. 34, 8.

Minderjährigen, die das 16te Jahr zurückgelegt haben, durch ein Testament, allein nur über die Hälfte der Güter, zu verfügen, worüber ein Volljähriger testiren kann. Das preußische Landrecht sagt Th. 1. Tit. 12. §. 16. 17: »Minderjährige, ohne Unterschied des Ge»schlechts, welche das 14te Jahr zurückgelegt haben, kön»nen letztwillige Verordnungen gültig errichten, ohne daß »dazu die väterliche oder vormundschaftliche Einwilligung »erfordert wird. Doch sind Personen, welche das 18te »Jahr noch nicht zurückgelegt haben, ihre letztwilligen »Verordnungen nicht anders, als mündlich zum gericht»lichen Protocoll zu errichten befugt.« Das österr. G. B. stimmt damit §. 569 überein, mit dem Zusatz, daß das Gericht durch eine angemessene Erforschung sich zu überzeugen suchen solle, daß die Erklärung des letzten Willens frei und mit Ueberlegung geschehen sey, die Erklärung sowohl, als dasjenige, was aus der Erforschung sich ergeben habe, müsse ins Protocoll eingerückt werden.

Das Mainzer L. R. S. 16, und die Nassau-Catzenellenbogische L. O. Th. IV. C. 1. §. 1. gestatten den Söhnen, wenn sie 14, und den Töchtern, wenn sie 12 Jahre alt geworden sind, wenn auch Vater und Mutter leben, über das eigenthümliche Vermögen zu testiren. Wenn gleich frühere Reife bei dem weiblichen Geschlecht eintritt; so kann ich doch die Vermuthung früherer Verstandeskräfte hier nicht gesetzlich aussprechen. Es fragt sich überhaupt: ob Personen, die das 18te Jahr noch nicht zurückgelegt haben, gültig testiren können? Ein Jüngling hat selten klare Begriffe vom Besitz und Eigenthum. Leidenschaften oder fremder Impuls, selten eigene reife Ueberlegung bestimmen ihn zu Entschlüssen und Handlungen, fehlt also die freie reife Ueberlegung; so fehlt

das erste Erforderniß zur Testamentifaction. Gesetzt man wollte auch Jünglingen, die das 18te Jahr noch nicht erreicht haben, nicht anders als mündlich bei dem Landoberschultheißen *), schriftsässigen Personen aber, die dies Alter noch nicht erreichten, entweder hierbei, oder beim Amt ihre letztwilligen Verordnungen zum Protocoll zu errichten, gestatten — gesetzt man wollte die Erforschung, ob die Disposition ungezwungen, frei und mit Ueberlegung geschehen sey, den Beamten zur Pflicht machen, um das, was hierbei sich ergiebt, ins Protocoll einzurücken; so leistet diese Erforschung dennoch keine Bürgschaft für reife Ueberlegung und eine leidenschaftslose Disposition. Ich halte daher Jünglinge, die das 18te Jahr noch nicht zurückgelegt haben, zu testiren für unfähig **). (Ed. Entw. §. 4.)

§. 4.

Wird bewiesen, daß die Erklärung des letzten Willens im Zustande der Raserei, des Wahnsinnes, Blödsinnes oder Trunkenheit geschehen sey; so ist sie ungültig. Oesterr. G. B. §. 566. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 21. Wenn jemand aus einem, ein Jahr

---

*) Es ist bereits im ersten Theil bemerkt, daß sie im Herzogthum Nassau die Beamten der willkührlichen Gerichtsbarkeit sind und die Functionen eines französischen Notaire public haben.

**) Das 18te Jahr muß zurückgelegt seyn, d. i. am 19ten Geburtstag ist der junge Mensch zu testiren befugt. Man sehe über die römische Civilzeitcomputation fr. 5. D. 28, 1. insbesondere des Kanzlers Koch Belehrung über Mündigkeit zum Testiren, Civilcomputation und Schalttag Abschn. II. §. 13. Gießen 1796.

vor angeordneter Vormundschaft über einen Rasenden, Wahn- oder Blödsinnigen, oder eingetretener Gemüthskrankheit, von demselben außergerichtlich errichteten letzten Willen einen ihm gesetzlich nicht gebührenden Vortheil ziehen will; so liegt ihm der Beweis ob, daß der Testirer zur Zeit der Testamentserrichtung seines Verstandes mächtig gewesen sey. Raserei und Wahnsinn haben in der verkehrten oder durch Ausschweifung zerstörten Organisation des Körperbaues ihren Grund, daher entstehen sie (zuweilen beim tollen Hundsbiß ausgenommen) selten auf einmal. Ich finde daher diese Verfügung des preuß. L. R. a. a. O. §. 22. zweckmäßig, da die römischen dilucida intervalla nicht immer und sehr selten den Beweis von richtigem Verstandesgebrauch abgeben.

§. 5.

Verschwendern untersagt das römische Recht zu testiren, läßt aber die vor der Prodigalitätserklärung errichteten Testamente bestehen. §. 2. I. 2, 12. Das österr. G. B. verordnet §. 568 weiter nichts, als daß ein gerichtlich erklärter Verschwender nur über die Hälfte seines Vermögens testiren könne, die andere Hälfte falle den gesetzlichen Erben zu. Das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. 27 gestattet Verschwendern ebenfalls während der Vormundschaft, zum Nachtheile ihrer gesetzlichen Erben nur über die Hälfte ihres Nachlasses gültig zu verordnen, dagegen erhalten nach §. 30 die von einem Verschwender während der Vormundschaft errichteten Testamente und Codizille ihre volle Gültigkeit, wenn die Vormundschaft vor dem Tode des Testators wieder aufgehoben worden ist. Ich glaube hier die Verordnung des römischen Rechts, die übrigens das preuß. L. R. eben-

falls adoptirt, mit denen von letzterem aufgestellten Principien vereinigen zu müssen.

§. 6.

Taube und Stumme errichten, wenn sie das Vermögen haben ihren Willen deutlich auszudrücken, nach dem römischen Recht gültig ein Testament. Diese Verfügung findet sich in allen Gesetzbüchern, nur erfordert das römische Recht bei Blinden die ohnehin gesetzliche Vorlesung des Testaments und die Zuziehung des achten Zeugen, const. 8. C. 6, 22, die, wie ich weiter zeigen werde, mir überflüssig scheint.

§. 7.

Ein Verbrecher konnte nach dem römischen Recht nicht testiren, Auth. omnes peregrini C. 6, 59, weil er Sklave wurde und die Einziehung seiner Güter eine Folge der erkannten Strafe war. Diese findet bei uns nur beim Hochverrath und schweren Verbrechen gegen den Staat, sonst aber keine statt. Das preuß. L. R. verordnet daher Th. 1. Tit. 12. §. 15. daß ein Verbrecher nur so weit, als er sein Vermögen verwirkt habe, von der Befugniß, Testamente und Codizille zu errichten, ausgeschlossen sey. Das österr. G. B. sagt dagegen §. 574: ein Verbrecher, der zur Todesstrafe verurtheilt worden, kann von dem Tage des ihm angekündigten Urtheils, wenn er aber zur schwersten oder schweren Kerkerstrafe verurtheilt wird, so lange seine Strafzeit dauert, keine gültige Erklärung seines letzten Willens machen.

Es leidet keinen Zweifel, daß nicht ein Verbrecher die Befugniß hat, in soweit er durch die erkannte Strafe sein Vermögen nicht verwirkt hat, ein Testament oder

über seine Güter eine Anordnung zu machen, darin stimmen, wenige ausgenommen, alle Criminalisten überein *), und ich sehe auch den Grund nicht ein, warum der Gesetzgeber es verweigern wollte, da selbst, wenn auch dem Verbrecher das Todesurtheil verkündet worden ist, er doch bis zu dessen Vollstreckung unter die Lebenden gehört, mithin auch einen Willen, der seine Person nicht, und nur sein Vermögen und seine künftigen Erben betrifft, gültig äußern kann. Das, was das preuß. L. R. darüber verordnet hat, nehme ich daher als vernunftgemäße Sanction hier an.

§. 8.

Ein rechtsgültig erklärter letzter Wille kann durch später eintretende Hindernisse seine Gültigkeit nicht verlieren. Dieser Satz bedarf keiner Erläuterung. (Ed. Entw. §. 4—8.)

II. Wer kann durch letztwillige Verordnung erwerben?

§. 9.

Wer im Staate Vermögen zu erwerben fähig und berechtigt ist, dem wird solches auch in der Regel durch letztwillige Verordnung zu Theil, dadurch erwerben also auch die Kirchen, die Gemeinden, die Armen- und gemeinnützigen Anstalten, nach vorgängiger Genehmigung der obern Behörde. Hierdurch sind aber nach französischem Recht (Art. 907—909) zu erwerben nicht befugt:

---

*) Quistorp peinl. Recht. Th. II. §. 778.

1) die Vormünder und Curatoren *), wenn auch der Minderjährige das 18te Jahr oder die Volljährigkeit erreicht haben sollte, es wäre denn, daß nach geendigter Vormundschaft oder Curatel die endliche Vormundschaftsrechnung zur Zufriedenheit der oberen Behörde gestellt und abgehört worden wäre. Hiervon ausgenommen sind jedoch die Ascendenten der Minderjährigen, welche ihre Vormünder sind oder gewesen sind.

2) Die unehelichen Kinder ein mehreres, als was ihnen im Titel von den Erbschaften zugestanden worden ist.

3) Die Aerzte und Apotheker, die eine verstorbene Person während ihrer letzten Krankheit behandelt haben, dasjenige, was der Verstorbene während dieser Krankheit zu ihren Gunsten verfügt hat.

Ausgenommen hiervon sind;

1) die vergeltungsweise gemachten Verfügungen, mit Hinsicht auf das Vermögen des Disponenten und auf die geleisteten Dienste;

2) Universalerbschaften, wenn der Bedachte bis zur dritten Linie, einschließlich mit dem Erblasser verwandt ist, und dieser keine Nachkömmlinge in absteigender Linie hinterlassen hat, es müßte dann derjenige, zu dessen Vortheil diese Verfügung gemacht wurde, unter die Zahl dieser Erben gehören. Die nämlichen Regeln sind in Ansehung der Geistlichen zu beachten.

Zu 1) ist nichts leichter, als daß der Curande durch

*) Das römische Recht versagte jedoch post excusationem dem Vormund die Legate, quae remunerandae fidei causa testamento parentis relinquuntur, die Worte fr. 28. §. 1. D. 127, 1, welches jedoch beim Bruder als Vormund keine Anwendung fand.

seinen Vormund bestimmt wird, ihm sein Vermögen zu vermachen; nur allzu leicht giebt er der Stimme dessen Gehör, der Gewalt über ihn oder seine Güter hat. Daher ist die Beschränkung heilsam, daß nur nach geendigter Vormundschaft oder Curatel, und wenn die endliche Vormundschaftsrechnung zur Zufriedenheit der oberen Behörde abgelegt worden ist, dem Vormund oder Curator durch testamentarische Verordnung seines Pupillen oder Curanden ein Vermögen zu erwerben erlaubt seyn solle. Eine Disposition, wovon jedoch die Verwandten in aufsteigender Linie, die seine Vormünder sind, als gesetzliche Erben auszunehmen sind.

Zu 2) beziehe ich mich darauf, was wegen der Erbfolge der unehelichen Kinder bei Normirung der Intestaterbfolge Tit. I. §. 29 angeführt worden ist. Justinian erlaubt Nov. 89. c. 12. auth. licet patri C. 5, 27. die unehelichen Kinder (naturales), im Falle keine ehelichen Kinder und Eltern existiren, auf das Ganze einzusetzen, gebietet aber den Eltern den Pflichttheil zu hinterlassen. Diese Verordnung ist vernünftig; denn sind eheliche Kinder nicht vorhanden; so kann die Mutter dem unehelichen Kinde ihren ganzen Nachlaß zuwenden, da es aber außer der Ehe, mithin gesetzlich unerlaubt erzeugt wurde; so muß sie, wenn die Eltern leben, ihnen den Pflichttheil hinterlassen. Vom Vater erhält nach der Intestaterbfolge ein uneheliches, von ihm anerkanntes Kind, wenn keine ehelichen vorhanden sind, nach seiner Wahl entweder den sechsten Theil des Vermögens, oder aus demselben die Unterhaltungs- und Erziehungskosten. Will ihm der Vater seinen ganzen Nachlaß zuwenden, und er hat Ascendenten; so muß er ihnen aus dem nämlichen Grund den Pflichttheil hinter-

lassen. Davon wird im vierten Abschnitt §. 51 die Rede seyn. Das französische Recht, das die unehelichen Kinder so sehr begünstigte, konnte die obige Verfügung treffen, bei uns paßt sie nicht.

Zu 3) könnten mich zwar Fälle aus dem practischen Leben bestimmen, in Ansehung der Aerzte, Apotheker und Geistlichen die Verfügungen des französischen Gesetzbuchs zu adoptiren; allein es würde eine Beleidigung für den Stand seyn, sie bei uns zu transplantiren; mit Unrecht würde ich wegen einiger einzeln mir vorgekommenen Fälle auf die Nothwendigkeit einer so harten legislativen Disposition schließen. (Ed. Entw. §. 9.)

III. Modalität der Erbeseinsetzung.

§. 10.

Der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen *), weil man die Erklärung seines Willens darüber erwartet, er kann dessen Ernennung nicht dem Ausspruch eines Dritten überlassen **), und eben so wenig durch Beja-

*) Es versteht sich, deutlich benennen; darauf bezieht sich das §. 2 angeführte fr. 73. §. 3. D. 50, 17. und fr. 2. D. 34, 8.

**) Nach französischem Recht ist dies erlaubt: nach dem Grundsatz: »Jeder, der berechtigt ist, eine freigebige Verfügung »über sein Vermögen zu treffen, ist auch berechtigt, den »Inhalt dieser Verfügung auf eine jede ihm selbst »beliebige und an sich mögliche Weise zu be»stimmen, in sofern ihm nicht eine besondere Vorschrift »der Gesetze im Wege steht.« Zachariä Handb. des franz. Civilrechts B. IV. §. 581. S. 246. *Bitter* dissert.

hung eines ihm gemachten Vorschlags seinen Willen erklären.

§. 11.

Die Erbeinsetzung kann entweder schlechthin (pure) oder unter einer aufschiebenden möglichen und erlaubten Bedingung geschehen. In diesem Fall wird dem Erben die Erbschaft nicht früher überlassen, bis die Bedingung eingetreten oder erfüllt worden ist. Es wird darüber im siebenten Abschnitt das Nöthige vorgetragen und bestimmt werden.

§. 12.

Der Erblasser kann einen oder mehrere Erben ernennen; setzt er einen einzigen Erben, ohne ihn auf einen Theil der Verlassenschaft zu beschränken, unbestimmt ein; so erhält er den ganzen Nachlaß. Ist aber dem einzigen Erben nur ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Erbantheil zugedacht worden; so fallen die übrigen Erbantheile den gesetzlichen Erben zu. Ich habe bereits im Vorübergehen den römischen Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, und das daher abgeleitete, zu Gunsten des Testamentserben in fr. 1. §. 4. D. 28, 5. eingeführte jus accrescendi als unlogisch verworfen. Ich enthalte mich einer weiteren Ausführung über einen Mißgriff in der römischen Legislation; denn was kann auffallender seyn, als folgender Syllogismus: Peter hat in seinem Testament den mit

---

sur l'obligation des heritiers et autres successeura de payer les dettes de la succession pag. 72. Coblenz 1807.

ihm nicht verwandten Paul bestimmt nur in den dritten Theil seines Vermögens zum Erben eingesetzt, über die andern zwei Drittheile aber nicht testirt; mithin müssen diese zwei Drittheile dem Paul ebenfalls, und nicht den Intestaterben des Peter zufallen. Diese Schlußfolge ist so unrichtig, die Behauptung, Peter habe seinen Intestaterben die übrigen zwei Drittheile nicht zuwenden wollen, widerstrebt so sehr der gesunden Vernunft, harmonirt so wenig mit der unter Verwandten vorauszusetzenden wechselseitigen Zuneigung, daß eben deswegen der oben aufgestellte Grundsatz als gerechtfertigt dastehen wird. (Ed. Entw. §. 10—13.)

§. 13.

Mehrere Erben, die ohne Vorschrift einer Theilung eingesetzt worden sind, theilen die Erbschaft zu gleichen Theilen. Wenn dagegen mehrere Erben, und zwar alle in bestimmten Erbtheilen, die aber das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt worden sind, so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu. Dies harmonirt mit dem oben aufgestellten Princip, keineswegs aber mit dem römischen und preußischen Recht, nach welchem das Uebrigbleibende den Testamentserben zu gleichen Theilen accrescirt, §. 7 und 8 l. 2, 14. fr. 13. §. 2 et sqq. D. 28, 5. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 264. Hat aber der Erblasser die Erben, ohne gewisse Theile zu bestimmen, zum ganzen Nachlaß berufen; so haben die gesetzlichen Erben keinen Anspruch, wenn gleich der Erblasser in der Berechnung der Beträge, oder in der Aufzählung der Erbstücke etwas übergangen hätte.

§. 14.

Wenn unter mehreren eingesetzten Erben einigen ein bestimmter Theil (z. B. ein Drittheil, ein Sechstheil) anderen aber nichts bestimmtes ausgemessen worden ist; so erhalten letztere den übrigen Nachlaß zu gleichen Theilen. Nach dem röm. Recht würden die einigen unter mehreren Erben bestimmt zugemessenen Theile als Legate gelten und die übrigen in die Erbschaft sich theilen, const. 13. c. 6, 24, wenn anders der ohne bestimmten Theil eingesetzte Erbe nicht Erbe seyn könnte oder wollte, in welchem Fall der in einen bestimmten Theil Eingesetzte Erbe des ganzen Nachlasses (heres ex asse) wird. const. 2. C. ibid. Sind dagegen alle Erben in gewisse Theile eingesetzt; so erhalten sie die Erbschaft zu gleichen Theilen (pro portionibus aequalibus), wenn auch der Erblasser den einzelnen Erben in einem ihnen bestimmt zugetheilten Object ungleiche Theile angewiesen haben sollte. fr. 9. §. 13D. . 28, 5. *Voet.* L. XXVIII. Tit. 5. §. 23.

§. 15.

Wenn unter mehreren Erben zwei zugleich, dann ein dritter allein, der vierte und fünfte aber wieder zusammen ohne bestimmte Theile zu Erben eingesetzt worden sind; so erhält die einzeln benannte Person einen, die in Verbindung gesetzten Personen aber zusammen einen Theil. Dies ist dem römischen Recht angemessen, fr. 11. 13. §. 5. fr. 17. §. 4. in fine fr. 53. 59. §. 2. D. 28, 5. und da eine solche Art der Erbeseinsetzung der Absicht des Testators entspricht; so nehme ich keinen Anstand, die römische Disposition beizubehalten.

§. 16.

Ich habe so eben den Fall angenommen, daß unter mehreren eingesetzten Erben einigen ein bestimmter Theil, andern aber nichts Bestimmtes ausgemessen worden ist, wo dann diesen letzteren der übrige Nachlaß zu gleichen Theilen zufällt. Gesetzt nun, es bleibt für diejenigen Erben, denen nichts Bestimmtes zugewiesen wurde, nichts übrig; so nimmt die römische Legislation ein ganz eigenes Theilungssystem an. Es wird nämlich zum Dispondium geschritten, und statt 12 Theile oder Unzien 24 angenommen. Hatte nun der Testator bei der Anweisung der Theile das Ganze der Erbschaft, oder as, überschritten; so wurde denen ohne bestimmte Theile eingesetzten Erben das zugewendet, was von den 24 Unzien übrig blieb. §. 6. I. 2, 14. fr. 18. fr. 87. D. 28, 5. Ich halte hier die österreichische und preußische Disposition (L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 269.) für die billigste, daß, wenn nichts übrig bleibt, von sämmtlichen bestimmten Theilen für den unbestimmt eingesetzten Erben verhältnißmäßig so viel abgezogen werden soll, daß er einen gleichen Theil mit demjenigen erhält, der am geringsten bedacht worden ist, dergestalt, daß, wenn die Theile der Erben gleich groß sind, sie an den unbestimmt eingesetzten Erben so viel abzugeben haben, daß er einen gleichen Antheil mit ihnen empfängt, wobei der im österr. G. B. §. 1558 in der Vernunft gegründete Zusatz gemacht wird, daß in allen anderen Fällen, wenn der Erblasser sich verrechnet habe, die Theilung auf eine Art vorzunehmen sey, wodurch der Wille des Erblassers nach denen über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllt werde.

§. 17.

Treffen unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammen, wovon einige bei der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als eine Person angesehen werden müssen (z. B. Bruders Kinder gegen den Bruder des Erblassers); so werden sie auch bei der Theilung aus dem Testamente nur als eine Person betrachtet. Eine Körperschaft, eine Gemeinde, eine Versammlung, z. B. die Armen, werden immer nur als eine Person betrachtet.

§. 18.

Ein wesentlicher Irrthum des Erblassers macht die Anordnung ungültig. Der Irrthum ist wesentlich, wenn der Erblasser die Person, welche er bedenken, oder den Gegenstand, welchen er vermachen wollte, verfehlet hat. Ist die bedachte Person oder vermachte Sache nur unrichtig benannt, oder beschrieben worden; so ist die Verfügung gültig, weil der Irrthum nur zufällig ist. Z. B. wenn der bedachten Person ein falscher Vorname oder Character beigelegt worden ist. Auch wenn der von dem Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wird, bleibt die Verfügung gültig, weil dieser Beweggrund vielleicht geflissentlich falsch beigesetzt worden ist. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 61—64. Eine Ausnahme von dieser Regel ist, wenn erwiesen werden kann, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruhet habe, weil es alsdann klar ist, daß es am Willen des Erblassers mangelte. (Ed. Entw. §. 18—20.)

Dies sind die wesentlichsten Dispositionen des österr.

G. B. über den Irrthum bei der letzten Willenserklärung, die ich zum Grunde lege.

Zweiter Abschnitt.

Von der Entsagung und vom Zuwachsrecht.

§. 19.

a) Entsagung.

Wenn ein oder mehrere eingesetzte Erben nicht Erben seyn können oder wollen; so fällt, in Ermangelung eines ernannten Nacherben (Substituten), der ganze Nachlaß an die Intestaterben. Dies ist bei destituirten Testamenten dem römischen Rechte angemessen; wenn aber das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 279 hinzufügt, daß in einem solchen Falle die Intestaterben gleich den eingesetzten Erben den Verordnungen des Erblassers, in Ansehung der Vermächtnisse und sonst, Folge leisten müßten; so giebt das römische Recht bei destituirten Testamenten die Regel: si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur. Die Legate fallen also auch weg. Mackeldey Lehrbuch der Institut. §. 479. Ist aber der eingesetzte Testamentserbe zugleich Intestaterbe; so ist es ihm, um die Ungültigkeit der Legate zu bewirken, nicht erlaubt, die Erbschaft ex testamento auszuschlagen, um sie ab intestato anzutreten, es wäre dann, daß der Testator es ihm ausdrücklich erlaubt hätte, fr. 1. pr. fr. 6. §. 2. D. 29, 4. Es lag im Geist der römischen Gesetzgebung, und muß auch in der unsrigen liegen, den Willen des Testators so viel möglich aufrecht zu halten, und wenn gleich eine Unbilligkeit

darin zu liegen scheint, einen Intestaterben, dem ohnehin die ganze Erbschaft kraft des Gesetzes gebührt hätte, mit Legaten oder Vermächtnissen zu beschweren; so spricht doch auf der anderen Seite die Vermuthung dafür, daß der Erblasser, wenn er seine Intestaterben hätte einsetzen wollen, sie mit eben diesen Vermächtnissen beschwert haben würde. Man kann auch nicht dagegen einwenden, das Gesetz könne einem zum Erben eingesetzten, die Erbschaft aus dem Testamente aber ausschlagenden Intestaterben auf der einen Seite nicht nehmen, was es ihm auf der andern Seite gebe, da, sobald den Notherben der Pflichttheil hinterlassen worden ist, der Erblasser wegen des übrigen Vermögens eine freie Dispositionsbefugniß hat.

Ich adoptire daher die preußische Gesetzgebung in diesem Punct; da aber der österreichische Codex das nämliche verordnet, jedoch zweckmäßiger im Titel von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens §. 726 das Dispositive darüber ausspricht, in diesem Abschnitt aber nur vom Zuwachsrecht der eingesetzten Miterben, und nicht von den Verbindlichkeiten der gesetzlichen Erben bei destituirten Testamenten die Rede ist, so verspare ich das Gesetzliche darüber bis zum zweiten Abschn. der zweiten Abtheilung.

§. 20.

b) Vom Zuwachsrecht.

Nach dem römischen Recht gebührt mehreren Erben unter sich das Zuwachsrecht nach Verhältniß ihrer Antheile, es gründet sich auf den Satz, daß Niemand zum Theil mit, zum Theil ohne Testament beerbt versterben kann. Mehrere Erben sind a) entweder re et verbis

conjuncti (welche im römischen Recht vorzugsweise conjuncti, und jetzt auch wohl mixtim conjuncti genannt werden), wenn sie schlechthin, das heißt auf die ganze Erbschaft eingesetzt und in demselben Satze genannt sind, oder b) sie sind disjuncti seu re tantum conjuncti, wenn jeder von ihnen zwar schlechthin auf die ganze Erbschaft eingesetzt, aber jeder in einem besonderen Satze genannt ist, oder c) sie sind verbis tantum conjuncti, wenn sie zwar in demselben Satze genannt sind, jeder von ihnen aber nicht auf die ganze Erbschaft, sondern auf einen relativ bestimmten Theil derselben eingesetzt ist.

Sind nun sämmtliche Erben 1) auf dieselbe Art mit einander verbunden; so mag wegfallen, wer will, die vacante Portion accrescirt allen übrigen zu gleichen Theilen, bei verbis conjunctis hingegen einem jeden nur nach Verhältniß seines Antheils an der Erbschaft. 2) Sind sie hingegen auf verschiedene Art mit einander verbunden; so accrescirt a) wenn ein mixtim conjunctus wegfällt, dessen Portion blos denjenigen, die mit ihm conjuncti sind; wenn hingegen b) ein disjunctus oder ein verbis conjunctus wegfällt; so wächst die dadurch vacant werdende Portion allen übrigen, also auch den mixtim conjunctis zu, doch erhalten diese, da sie wegen ihrer Verbindung in demselben Satze als eine Person angesehen werden, auch zusammen nur einen Theil von derselben. Dies gründet sich auf const. 1. §. 1. C. 6, 51. Mackeldey a. a. O. §. 503.

§. 21.

Das franz. G. B. gestattet Art. 1044 das Zuwachsrecht, wenn das Vermächtniß mehreren Personen insgesammt gemacht worden ist, und es wird als meh-

reren gemacht angesehen, wenn es durch ein und dieselbe Verfügung gemacht worden ist, und wenn der Testator nicht einem jeden der Miterben seinen Antheil an der vermachten Sache angewiesen hat. Es wird gleichfalls als insgesammt gemacht angesehen, wenn eine Sache, die sich ohne Schaden nicht theilen läßt, durch den nämlichen Act mehreren Personen, obgleich einer jeden insbesondere vermacht worden ist.

Hiernach findet das Zuwachsrecht inter conjunctos re et verbis statt, nicht aber inter conjunctos verbis tantum, sogar nicht inter conjunctos re tantum, es sey denn, daß die Sache sich nicht theilen ließe. Malleville Comment. B. 1. S. 421. Wenn also der Testator sagt, dem Peter und dem Johann vermache ich mein Haus zu gleichen Theilen, oder auch jedem die Hälfte (conjuncti verbis tantum), oder bediente sich der Testator des Ausdruckes: ich vermache mein Haus dem Peter, und in einer anderen Clausel: ich vermache mein Haus dem Johann; so findet in beiden Fällen das jus accrescendi keine, und zwar in dem letzten Fall nur dann statt, wenn das Haus sich nicht theilen läßt.

Auch das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 281 gestattet unter mehreren Miterben das Zuwachsrecht, verordnet aber §. 284, daß Sachen und Rechte, welche mehreren Erben zusammen auf ihre Erbportionen ungetheilt angewiesen worden, beim Abgang des Einen nur den Anderen mit Ausschließung der übrigen Erben zufallen sollen. Hier ist also blos von re et verbis conjunctis die Rede. Derjenige, welchem eine bestimmte Sache oder Summe zum Erbtheile vermacht worden ist, wird dagegen im Verhältniß zu den übrigen Miterben als bloßer

Legatar betrachtet (§. 363), wo nach dem römischen Recht das jus accrescendi nicht statt finden würde.

§. 22.

Bei diesen von einander abweichenden Legislationen erscheint die Disposition des österr. G. B., das der französischen sich sehr annähert, am zweckmäßigsten. Es verordnet ganz einfach:

§. 560. Wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden, und es kann oder es will einer der Erben von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen; so wächst der erledigte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

§. 561. Sind ein oder mehrere Erben mit einander, oder mehrere ohne Bestimmung des Erbrechts eingesetzt; so wächst der erledigte Theil nur dem einzelnen oder den mehreren noch übrigen unbestimmt eingesetzten Erben zu.

§. 562. Einem bestimmt eingesetzten Erben gebührt in keinem Falle das Zuwachsrecht. Wenn also kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist; so fällt ein erledigter Erbtheil nicht einem noch übrigen, für einen bestimmten Theil eingesetzten, sondern dem gesetzlichen Erben zu.

§. 563. Wer den erledigten Erbtheil erhält, übernimmt auch die damit verknüpften Lasten, in sofern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind.

Der im §. 560 ausgedrückte Satz, daß, wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile in allgemeinen Ausdrücken zur Erbschaft berufen werden, in Ermangelung

reren gemacht angesehen, wenn es durch ein und dieselbe Verfügung gemacht worden ist, und wenn der Testator nicht einem jeden der Miterben seinen Antheil an der vermachten Sache angewiesen hat. Es wird gleichfalls als insgesammt gemacht angesehen, wenn eine Sache, die sich ohne Schaden nicht theilen läßt, durch den nämlichen Act mehreren Personen, obgleich einer jeden insbesondere vermacht worden ist.

Hiernach findet das Zuwachsrecht inter conjunctos re et verbis statt, nicht aber inter conjunctos verbis tantum, sogar nicht inter conjunctos re tantum, es sey denn, daß die Sache sich nicht theilen ließe. Malleville Comment. B. 1. S. 421. Wenn also der Testator sagt, dem Peter und dem Johann vermache ich mein Haus zu gleichen Theilen, oder auch jedem die Hälfte (conjuncti verbis tantum), oder bediente sich der Testator des Ausdruckes: ich vermache mein Haus dem Peter, und in einer anderen Clausel: ich vermache mein Haus dem Johann; so findet in beiden Fällen das jus accrescendi keine, und zwar in dem letzten Fall nur dann statt, wenn das Haus sich nicht theilen läßt.

Auch das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 281 gestattet unter mehreren Miterben das Zuwachsrecht, verordnet aber §. 284, daß Sachen und Rechte, welche mehreren Erben zusammen auf ihre Erbportionen ungetheilt angewiesen worden, beim Abgang des Einen nur den Anderen mit Ausschließung der übrigen Erben zufallen sollen. Hier ist also blos von re et verbis conjunctis die Rede. Derjenige, welchem eine bestimmte Sache oder Summe zum Erbtheile vermacht worden ist, wird dagegen im Verhältniß zu den übrigen Miterben als bloßer

Legatar betrachtet (§. 363), wo nach dem römischen Recht das jus accrescendi nicht statt finden würde.

§. 22.

Bei diesen von einander abweichenden Legislationen erscheint die Disposition des österr. G. B., das der französischen sich sehr annähert, am zweckmäßigsten. Es verordnet ganz einfach:

§. 560. Wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden, und es kann oder es will einer der Erben von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen; so wächst der erledigte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

§. 561. Sind ein oder mehrere Erben mit einander, oder mehrere ohne Bestimmung des Erbrechts eingesetzt; so wächst der erledigte Theil nur dem einzelnen oder den mehreren noch übrigen unbestimmt eingesetzten Erben zu.

§. 562. Einem bestimmt eingesetzten Erben gebührt in keinem Falle das Zuwachsrecht. Wenn also kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist; so fällt ein erledigter Erbtheil nicht einem noch übrigen, für einen bestimmten Theil eingesetzten, sondern dem gesetzlichen Erben zu.

§. 563. Wer den erledigten Erbtheil erhält, übernimmt auch die damit verknüpften Lasten, in sofern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind.

Der im §. 560 ausgedrückte Satz, daß, wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile in allgemeinen Ausdrücken zur Erbschaft berufen werden, in Ermangelung

eines Miterben den übrigen der erledigte Theil zuwächst, harmonirt mit dem Willen und der Absicht des Testators, der keinem andern, als den eingesetzten Erben sein Vermögen zuwenden wollte. So gewiß aber die Absicht des Testators dem Richter allenthalben zum Leitfaden und zur Richtschnur dient; so streitet doch bei denen, auf eine bestimmte Sache eingesetzten Erben im Verhältniß zu denen, die auf eine unbestimmte Art in das übrige Vermögen eingesetzt wurden, die Vermuthung keineswegs dafür, daß der Erblasser ersteren im Erledigungsfall eines Erbantheils ein Mehreres, als den bestimmten Theil habe zuwenden wollen; es widerstreitet solches mit der Art der Erbeseinsetzung durchaus, und deshalb muß die erledigte Erbportion dem oder denen ohne Bestimmung des Erbtheils eingesetzten Erben zufallen. Wenn also dem bestimmt eingesetzten Erben das Zuwachsrecht bestimmt abgesprochen wird; so ist solches in der Vernunft gegründet, und eben so hiermit übereinstimmend, wenn das österr. G. B. verordnet, daß, wenn kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist, der erledigte Erbtheil nicht einem bestimmt eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben (Intestaterben) zufallen solle, weil dies der rechtlichen Vermuthung Raum giebt, daß der Erblasser die letzteren nicht habe übergehen wollen, und überdies der römische Satz: niemand könne zum Theil mit, zum Theil ohne Testament sterben, bereits verworfen worden ist. Ich bin daher der Meinung, daß die wegen des Zuwachsrechtes angeführte österreichische Disposition die Aufnahme verdiene.

Beinahe etwas Aehnliches verordnet das Mainzer Landrecht Tit. 12. §. 1 und 8, indem es zwar im Allgemeinen das Zuwachsrecht unter den Miterben zuläßt,

jedoch insbesondere bei denen blos in der Sache verbundenen Legatarien (re conjunctis) im Verhältniß zu denen mit Worten verbundenen (verbis conjunctis) bei letzteren, nicht aber bei ersteren das Zuwachsrecht zuläßt. Dabei entscheidet das Landrecht die Frage:

wem die Portion des einen Erben zuwachse, der solche nicht hat annehmen wollen oder können, im Falle ein Dritter dem einen Miterben sein Erbrecht abgekauft hat?

dahin, daß dieser erledigte Erbtheil nicht dem Erbschaftskäufer oder Paciscenten, sondern dem verkaufenden Miterben anheim fallen solle. Die Entscheidung ist tadellos, und so speciell dieser Fall auch ist; so glaube ich doch, daß, da er in einem unserer bisher zur Norm gedienten Landrechte enthalten ist, er auch die gesetzliche Aufnahme in der Art verdiene,

daß demjenigen, der durch einen Vertrag oder Kaufcontract eine Erbschaft erwirbt, das Zuwachsrecht nicht gebühre, sondern der erledigte Erbtheil dem verkaufenden Miterben, wenn ihm nach den obigen (aus dem österr. G. B. entlehnten) Grundsätzen das Zuwachsrecht zustehe, anheim fallen solle. (Ed. Entw. §. 21—25.)

Dritter Abschnitt.

Form der Erklärung des letzten Willens.

§. 23.

Alle Gesetzgebungen stimmen darin überein, daß es nicht eine, sondern mehrere Arten und Formen geben

müsse, um seinen letzten Willen auszudrücken. Die individuelle Lage und Verhältnisse, in denen der Mensch sich befindet, erheischen diese Verschiedenheit, und machen eine Uniformität unmöglich. In welcher unter mehreren Formen der letzte Wille eingekleidet wird, muß eine Sache der freiesten Willkühr seyn; da aber der Wille des Erblassers keinem Zweifel unterliegen darf; so müssen diese Formen bestimmt und deutlich vorgezeichnet werden, daß niemand sich beschweren möge, wenn wegen vernachläßigter Förmlichkeiten ein letzter Wille für nichtig und nicht geschrieben geachtet wird.

§. 24.

Das römische Recht kennt öffentliche und Privattestamente. Zu Errichtung eines öffentlichen kann der Testator den letzten Willen dem Regenten mündlich vortragen oder schriftlich überreichen, oder aber solches bei irgend einer Civilobrigkeit mündlich zum Protocoll, oder schriftlich zur Aufbewahrung übergeben (testamentum judiciale). Weiterer Förmlichkeiten bedarf es nicht. Von dieser Alternative streiche ich den mündlichen Vortrag des letzten Willens, oder dessen schriftliche Ueberreichung beim Regenten selbst, als unschicklich und für ihn Zeit raubend, weg.

Die zweite beizubehaltende Alternative, den letzten Willen bei irgend einer Civilobrigkeit zu übergeben, unterliegt größerer Aufmerksamkeit. Ich sage, der letzte Wille kann bei irgend einer Civilobrigkeit übergeben werden, weil diese Handlung ein Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, oder von der Willkühr des Testators abhängt, und hiernach setze ich zuerst fest:

daß man bei den Gerichten entweder schriftlich oder mündlich, und außergerichtlich ebenfalls entweder schriftlich oder mündlich testiren kann. (Ed. Entw. §. 27.)

§. 25.

Indem ich diese Alternative bestimme, unterscheide ich bei der Erklärung des letzten Willens die Erfordernisse zum Beweise der Richtigkeit des Acts von dem, was zu den Förmlichkeiten gehört.

Der Beweis wird hier entweder durch Zeugen oder durch eine Urkunde geführt. Zum Zeugenbeweis genügen in der Regel zwei vollgültige Zeugen, zum Beweis einer Urkunde (hier ist von einer öffentlichen die Rede) die Glaubwürdigkeit und das Ansehen der öffentlichen Person. Also beruhet auf der Glaubwürdigkeit der Zeugen der Beweis des Privattestaments, auf der des Richters und seinem öffentlichen Ansehen das gerichtliche Testament.

Von diesem Princip ausgehend sind aber auch bei jeder Art der letzten Willenserklärung gewisse unerläßliche Solennitäten nothwendig, die bei der Wichtigkeit und dem Ernst, mit welchem die Handlung vorzunehmen ist, und zum künftigen Beweis des Geschehenen keineswegs als unwesentlich erscheinen. Hierher rechne ich die beim gerichtlichen Testament zu adhibirenden Zeugen, dessen Versiegelung; beim außergerichtlichen Testament die Zuziehung mehrerer Zeugen und besondere ihnen aufzulegende Functionen.

§. 26.

Dieses vorausgesetzt ist bei jedem gerichtlich oder außergerichtlich zu errichtenden Testament die Identität der Person des Testirenden, und die vom Richter oder den Zeugen sich davon zu verschaffende Ueberzeugung das erste Requisit.

Versteht der Richter die Sprache des Testators, eines Franzosen oder Italieners, nicht; so ist die Zuziehung eines Dolmetschers nicht hinlänglich, weil auf dessen Glaubwürdigkeit die Richtigkeit des ganzen Acts nicht beruhen kann. Das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 125. verlangt die Zuziehung von zwei Dolmetschern; dies harmonirt mit meinen obigen Grundsätzen. Sind nicht zwei zu haben; so mag der Testator in seinem Vaterlande testiren, oder es sich beimessen, seinen letzten Willen nicht früher errichtet zu haben. Ein Gleiches gilt von außergerichtlichen Testamenten, bei welchen ohnehin, wenn die Zeugen die Sprache des Testators nicht verstehen, die Testamentifaction wegfällt.

§. 27.

Ehe und bevor ich nun die, bei der gerichtlichen sowohl als außergerichtlichen Testamentifaction, zu beobachtenden Förmlichkeiten begutachte, werfe ich einen Blick auf die französische Gesetzgebung über letztwillige Anordnungen, die nach genauer Prüfung das Bekenntniß mir abnöthigt, daß sie bei uns durchaus nicht anwendbar ist, und nirgends zur Nachahmung empfohlen zu werden verdient. Ich muß diese Behauptung rechtfertigen.

Das französische Recht kennt dreierlei Arten von Testamenten: 1) das eigenhändig geschriebe-

ne (olographe); 2) das durch öffentlichen Act, und 3) das in der mystischen Form errichtete Testament.

1) Das eigenhändige Testament erfordert weiter keine Förmlichkeiten, als daß es von der eignen Hand des Testators geschrieben, datirt und unterschrieben seyn muß. Keine Art der Testamentifaction giebt mehr zu Processen die Veranlassung, als gerade diese; denn wie oft gleichen sich die Handschriften zweier Personen, so daß beim unsicheren Beweis ihrer Vergleichung die Schreibverständigen mit Mühe einen Unterschied wahrnehmen können; sie giebt überdies zu Verfälschungen die Gelegenheit, indem nichts leichter ist, als daß, wenn an einem Orte ein unbekannter Fremder stirbt, ein angeblich von seiner Hand geschriebenes Testament untergeschoben werden kann. Merlin im Recueil alphabetique des questions de droit voce »*Testament*« erzählt davon merkwürdige Beispiele. Sagt man, die Gesetzgebung müsse Gelegenheit geben, das Geheimniß der Erbeseinsetzung bis zum Tode zu bewahren; so giebt es dazu andere Testamentsformen, wodurch dieser Zweck eben so gut erreicht wird.

2) Ein durch öffentlichen Act errichtetes Testament muß von zwei Notaren in Gegenwart von zwei Zeugen, oder von einem Notar in Gegenwart von vier Zeugen aufgenommen werden. (C. C. Art. 971) Was das olographische Testament zu wenig beweiset, beweiset das Testament durch öffentlichen Act zu viel. Im Herzogthum Nassau kennt man, Gottlob! die Mißgeburt der kaiserlichen Notarien nicht mehr; ihre Functionen sind den Landoberschultheißen übertragen. Wer kann aber den Unterthanen zumuthen, vor zwei Landoberschulthei-

ßen zu testiren, und wie kann die Gesetzgebung zweien dieser Beamten zugleich es aufbürden, letzte Willensverordnungen aufzunehmen?

3) Beim mystischen oder geheimen Testamente muß der Testator seine Verfügungen unterschreiben, er mag sie selbst geschrieben haben, oder haben schreiben lassen, das Papier, das die Verfügungen enthält, oder der Umschlag, muß verschlossen und versiegelt seyn. Der Testator überreicht es verschlossen dem Notar und wenigstens sechs Zeugen (warum nicht fünfzig?), oder läßt es in ihrer Gegenwart verschließen und versiegeln, und erklärt, daß dies sein selbst geschriebenes und unterschriebenes, oder von einem Andern geschriebenes und von ihm unterschriebenes Testament sey. Der Notar fertigt einen Aufschriftsact, der sowohl vom Testator als vom Notar und den Zeugen unterschrieben werden muß. Der Act muß ununterbrochen geschehen. (Art. 976.)

Auch durch diese Form wird zu viel bewiesen; hier haben wir die römische Testamentsfabrication bei geschriebenen Privattestamenten in vergrößertem Masstabe, die ich so gern verbannen möchte, und weiter den Beweis, daß, so wichtig auch das Amt der Notarien bei den Franzosen ist, dennoch bei der vorgeschriebenen großen Anzahl von Zeugen das Gouvernement selbst auf ihre Glaubwürdigkeit kein großes Gewicht legt, wovon der Art. 1335 den Beweis liefert, nach welchem die vom Notar gemachten Abschriften nur dann Beweiskraft haben, wenn sie älter als 30 Jahre sind.

So viel von der französischen Form zu testiren. Ich wende mich zu dem, was mit Hinsicht auf die vaterländische Legislation mir der Vernunft am angemessensten zu seyn scheint.

A) Form der gerichtlichen Testamente.

§. 28.

a) Mündliche.

Was 1) die mündliche Art, bei Gericht zu testiren, betrifft; so genügt die Disposition der nassauischen Verwaltungsordnung §. 39, daß letzte Willensäußerungen durch den Landoberschultheiß mit Zuziehung des Ortsschultheißen, oder zwei anderer gültigen Testamentszeugen, errichtet werden sollen. Wird gleich dadurch nur der Wirkungskreis der Landoberschultheißen bestimmt, die Form gerichtlicher Testamente aber der weitern Legislation vorbehalten; so generalisire ich doch diese Verfügung auf alle Landesbewohner, ohne Unterschied des Standes, aus dem §. 24 angeführten Grunde, weil nämlich einem jeden Unterthan die Freiheit gelassen werden muß, auch auf andere Art, wovon gleich die Rede seyn wird, sein Testament zu machen. Wird, wie es geschehen muß, zu diesem Act der Actuar zugezogen; so erscheint der Ortsschultheiß, oder in dessen Abwesenheit die zwei andern Zeugen, als überflüssige Personen, indem der Beweis durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit vollkommen hergestellt und, um der Förmlichkeit willen, ein Actuar zugezogen wird. Dieser, oder der Schreiber des Landoberschultheißen, ist aber zur Testamentsaufnahme keine geeignete Person; nur Letzterer ist zur Aufnahme letzter Willensverordnungen autorisirt.

Der Landoberschultheiß hat den Testator aufs genaueste nach seinem Willen und dem designirten Erben zu befragen, und bei demselben zu erforschen, ob er durch Gewalt oder Drohungen dazu gezwungen, oder durch Irrthum dazu verleitet worden sey, sofort

dieses Alles, und ob er bei vollem Verstande gewesen sey, ins Protocoll deutlich und bestimmt aufzunehmen. Ich setze dies als Regel fest, indem nicht nur die Nassau-Catzenellenbogische Landesordnung C. II. §. 2 mir hierzu die Anleitung giebt, sondern auch das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 23 diesen zu Abschneidung so vieler unnützer Processe so zweckdienlichen Grundsatz gesetzlich ausspricht.

Zugleich halte ich es mehr zur Feierlichkeit, als zum Beweise der Richtigkeit des letzten Willens für zweckdienlich, daß nicht allein der Actuar, sondern auch der Landoberschultheiß das aufgenommene Protocoll nach geschehener und im Protocoll zu bemerkender Vorlesung mit ihrem Namen unterzeichnen, das sofort in einem Umschlag versiegelt und mit der Aufschrift, die den Namen des Testators, und daß dies sein letzter Wille sey, bezeichnet, durch den Landoberschultheiß persönlich beim Amt zu übergeben ist, der bei demselben den Depositionsschein auszuwirken und dem Testator zu überliefern hat. (Ed. Entw. §. 26—31.)

§. 29.

b) Schriftliche.

Ich wende mich nun 2) zur schriftlichen Art, bei Gericht zu testiren. Zur Vergleichung lohnt es sich der Mühe, hierüber verschiedene Legislationen kennen zu lernen.

Nach der römischen Jurisprudenz muß ein vom Testator selbst gefertigtes, einem Gerichte übergebenes Testament vom Testator persönlich, nicht durch einen Bevollmächtigten übergeben werden, weil die Gewißheit des Willens des Erblassers durch eine Specialvollmacht

nicht außer Zweifel gesetzt wurde, indem die Möglichkeit vorhanden war, daß das in derselben angeführte Testament vertauscht und ein anderes untergeschoben seyn konnte, und die Vergleichung der Handschrift des Erblassers für einen sehr trüglichen Beweis gehalten wurde. So weit geht die hier nicht zu tadelnde Scrupulosität der römischen Juristen, die aber, wie jede Sache in der Welt, ihre Widersacher gefunden hat; denn nur const. 19. C. 6, 23. redet sehr oberflächlich vom gerichtlichen Testamente.

Die Nassau-Catzenellenbogische Landesordnung C. II. verordnet wegen dieser Art von Testamenten, daß der Testator solches entweder selbst schreiben, oder nur unterschreiben, oder, wenn er nicht schreiben könne, durch eine vertraute Person zu Papier bringen und solches in eigner Person, oder wenn er wolle, durch seinen Redner bei sitzendem Gericht, oder bei der Canzlei übergeben solle. Das Gericht legt dem Testator oder seinem Redner hierauf die Fragen vor: 1) ob die überreichte Urkunde sein letzter Wille sey; 2) ob er über sein eigenthümliches Vermögen testirt habe, und durch List oder Drohungen zu testiren vermocht worden sey; 3) ob er (wenn er Vater ist) seine Kinder, seine Eltern, und wenn er diese nicht hat, sonst jemand ausdrücklich zum Erben ernannt habe, damit zu seiner Zeit sein letzter Wille nicht für nichtig erkannt und unnützer Streit vermieden werden möge.

Das Mainzer Landrecht, Tit. 8, §. 2, gestattet ein schon geschriebenes Testament dem sitzenden Gericht, oder vor zwei Gerichtsleuten und einem Gerichtsschreiber (hierunter werden die Dorfgerichte verstanden) verschlossen oder offen zu übergeben, worauf der Gerichts-

schreiber auf das Testament das Präsentatum zu notiren und dabei den Namen des Exhibenten zu schreiben, das Gerichtssiegel darauf zu drücken und solches ad acta zu legen hat. Ein Gleiches bestimmt der Tit. 23, §. 7 des Solmsischen L. R. Der §. 9 des Trierischen L. R. verordnet, daß ein schriftliches Testament dem versammelten Gericht, bestehend aus zwei Schöffen und dem Gerichtsschreiber, oder statt dessen einem dritten Schöffen, oder auch statt des Letzteren, oder des Gerichtsschreibers, vor zwei zulässigen Zeugen präsentirt werden solle, der Testator aber solches, nach geschehener Präsentation, zur eignen Aufbewahrung zurücknehmen könne.

§. 30.

Das preußische Landrecht, Th. 1. Tit. 12. §. 66, gebietet, daß in der Regel jedes Testament oder Codizill vom Testator selbst den Gerichten übergeben oder zum gerichtlichen Protocoll erklärt werden müsse. Das selbst gefertigte muß eigenhändig geschrieben oder wenigstens unterschrieben und versiegelt seyn (daselbst §. 100, 101). Ueber die erfolgte Unterschrift, oder ob es selbst geschrieben worden sey, wird der Testator vom Richter befragt. Weiterer Fragen über den Inhalt des Testaments muß der Richter sich enthalten, dagegen neben dem Siegel des Testators demselben das Gerichtssiegel beifügen, und solches in Gegenwart des Letzteren überschreiben und über die Handlung ein vom Testator mit zu unterzeichnendes Protocoll aufnehmen (§. 103.). Bei einem vom Testator unversiegelt übergebenem Testament muß, wenn es als ein schriftliches gelten soll, der Richter darauf sehen, ob das Testament unterschrieben sey, welches, wenn es nicht geschehen, zu bewerkstelligen ist, sodann unter das

Testament schreiben, daß dies der letzte Wille des Testators sey, worauf solches in Gegenwart des Letzteren mit dem Gerichtssiegel zu versiegeln, über die Handlung ein Protocoll aufzunehmen und solches vom Testator mit zu unterzeichnen ist (das. §. 110.). Erklärt aber Letzterer, daß der Aufsatz blos die Puncte enthalte, worüber er mündlich testiren wolle; so ist derselbe nach erfolgter Aufnahme des mündlichen Testaments weiter von keinem Gebrauch (das. §. 111.). Das gerichtlich aufgenommene ist gegen Recognitionsschein im Deposito des Gerichts aufzubewahren.

Das österreichische Gesetzbuch verordnet §. 587 mit Umgehung der im preuß. L. R. enthaltenen sehr speciellen Dispositionen, daß die bei Gericht übergebene schriftliche Anordnung von dem Erblasser wenigstens eigenhändig unterschrieben und dem Gericht persönlich übergeben seyn müsse. Das Gericht soll den Erblasser auf den Umstand aufmerksam machen, daß seine eigenhändige Unterschrift beigefügt seyn müsse, dann den Aufsatz gerichtlich versiegeln und auf den Umschlag anmerken, wessen letzter Wille darin enthalten sey.

Ueber das Geschäft ist ein Protocoll aufzunehmen und der Aufsatz gegen Empfangschein gerichtlich zu hinterlegen. Dann heißt es §. 590, daß im Nothfalle zwei Gerichtspersonen in die Wohnung des Erblassers sich begeben könnten, um seinen letzten Willen schriftlich oder mündlich aufzunehmen und dann das Geschäft mit Beisetzung des Tages, Jahres und Ortes zu Protocoll zu bringen.

§. 31.

Weder die gesunde Vernunft, noch auch die nassauische Verwaltungsordnung entzieht dem Testator die Befugniß, sein schriftlich verfaßtes Testament beim Gericht zu übergeben. Es fragt sich nun: 1) welche Form muß ihm gegeben werden? 2) muß es der Testator selbst übergeben? 3) wer ist der competente Richter, um es anzunehmen? und 4) was hat Letzterer dabei zu thun?

Zu 1) genügt es, wenn das Testament vom Testator nur unterschrieben worden ist. Der Context wird oft leserlicher durch einen Dritten geschrieben; allein es muß vom Testator abhängen, seinen Willen durchaus selbst zu schreiben. Ich erfordere also wenigstens seine Unterschrift am Ende der Disposition, nicht auf jeder Seite, wie es beim schriftlichen Privattestament Leyser spec. 335. nr. 5. als Cautel vorschlägt.

Das Erforderniß, den Ort, Tag und Datum beizufügen, übergehe ich, da alles dieses bei der gerichtlichen Uebergabe vom Beamten bemerkt werden muß.

Zu 2) bleibe ich nicht bei einer Art der Testamentifaction stehen; wer daher schriftlich bei Gericht testiren will, muß dem Richter die Ueberzeugung verschaffen, daß er es sey, der den übergebenen letzten Willen nach seinem Tode vollstreckt wissen wolle. Durch einen Specialbevollmächtigten wird ihm diese Ueberzeugung nicht verschafft, es kann durch ihn oder einen Dritten eine andere Disposition untergeschoben werden, und die Vergleichung der Handschriften ist, wie gesagt, ein unsicheres Beweismittel. Der Testator muß daher persönlich erscheinen, oder im Nothfall (z. B. bei schwerer

Krankheit) den nächsten Richter ersuchen, zur Abnahme des Testaments sich zu ihm zu verfügen. Ist nun

Zu 3) die Rede davon, wer zur Annahme eines schriftlich verfaßten Testaments der competente Richter sey? so lege ich jedem Richter, dem Landoberschultheißen (als Ausüber der freiwilligen Gerichtsbarkeit) wie dem Amtmann, den unteren wie den oberen Justizcollegien dies Attribut bei. Der Testator kann in dem Zutrauen, das er in einen einzelnen Richter oder in ein Collegium bei der Aufbewahrung seines letzten Willens setzt, aus dem angeführten Grunde nicht beschränkt werden. Zwar wurde dem herzogl. Oberappellationsgericht auf die Anfrage bei dem herzogl. Staatsministerium: ob der Herr Domdechant, Freiherr v. H., sein Testament bei ersagtem Tribunal deponiren dürfe? unterm 27. August 1817 zur Entschließung eröffnet, daß durch den §. 39 der Verordnung vom 4. Juni 1816 für schriftsässige und andere nicht amtssässige Personen das Recht, ihre Testamente unter Beobachtung der in den gemeinen Rechten vorgeschriebenen Formen zu errichten und gerichtlich zu deponiren, keineswegs für beschränkt zu achten sey, mithin möchte hiernach amtssässigen Personen die Befugniß nicht zustehen, ihre schriftlichen Testamente bei einer andern Behörde, als dem dazu beauftragten Landoberschultheißen zu übergeben und zu deponiren. Allein da hier von Verbesserung bestehender Gesetze die Rede ist, mir auch in erwähntem §. 39 kein Zwang und eine Beschränkung der Freiheit, ein geschriebenes Testament einer andern Gerichtsbehörde zu übergeben, zu liegen scheint; so halte ich dazu die Competenz eines jeden Richters für begründet.

Zu 4) geht den Richter der Inhalt eines schriftlichen

Testaments durchaus nichts an; allein nach der äußeren Form, ob solches durch Gewalt oder Drohungen erzeugt, oder aber ein Irrthum in der Benennung des Erben, oder sonst untergelaufen sey, darf und muß er sich erkundigen, er muß zu Vermeidung künftiger Streitigkeiten darüber den Testator befragen und seine Antworten, so wie daß er bei vollem Verstande, und nicht betrunken gewesen sey, in dem durch den zuzuziehenden Actuar oder Secretär des Gerichts besonders aufzunehmenden Protocoll bemerken, weil ich, so wie beim mündlichen gerichtlichen Testament, alsdann jeden Einwand dieser Art auch beim schriftlichen für durchaus unstatthaft halte. Der Richter muß ferner bei einem offen übergebenem Testament den Mangel der Unterschrift ergänzen lassen, und bei einem verschlossenen den Testator darauf aufmerksam machen, daß die Unterschrift beigefügt seyn müsse, sodann das Testament in Gegenwart des Testators versiegeln und auf den Umschlag bemerken, wessen letzter Wille darin enthalten sey, sofort das aufgenommene Protocoll und den Aufsatz gegen Empfangschein gerichtlich hinterlegen. So viel von den Formen des mündlich oder schriftlich gefaßten gerichtlichen Testaments. (Ed. Entw. §. 33.)

B) Form der Privattestamente.

§. 32.

Wer ein Privattestament errichten will, muß solches vor Zeugen thun. Hier würde die Frage, wer Testamentszeuge seyn könne, am schicklichsten begutachtet werden können, wenn dieselbe nicht auf die Form der Testamente selbst entscheidenden Einfluß hätte; daher

muß ich die dabei zu beobachtenden Förmlichkeiten zuerst vortragen.

§. 33.

a) Schriftliches Privattestament.

Zum schriftlichen Privattestament erfordert das römische Recht sieben tadellose, ausdrücklich erbetene Zeugen männlichen Geschlechts, nach Montesquieu *) die verschiedenen Classen des Volks vorstellend — die Einheit der Handlung — daß das Testament vom Testator selbst geschrieben, oder, wenn es von einem Andern geschrieben wurde, von ihm selbst in Gegenwart der Zeugen, und dann auch von diesen unterschrieben werde, und daß, wenn der Testator nicht schreiben kann, der achte Zeuge (octavus subscriptor) zugezogen werde, const. 28. §. 1. C. 6, 23. **)

Das Trierische L. R. gestattet schriftliche Privattestamente, vor einem graduirten Rechtsgelehrten oder immatriculirten Notar, oder dem Gerichtsschreiber, oder aber einem dritten Scheffen, und in dessen Abwesenheit vor dem Pastor und zwei Gerichtsscheffen, in offener

*) Esprit des loix T. III. p. 164.

**) Beim älteren Civiltestament war die Beidrückung der Siegel nothwendig, §. 2, 3. I. 2, 10. Die Allgemeinheit, in welcher die meisten Stellen im tit. D. testam. quemadm. aperiantur reden, gehen jedoch nicht auf alle Testamentsformen, sondern auf alle versiegelte Testamente. Daß man auch bei Civiltestamenten, um der Sicherheit (aber nicht um rechtlicher Nothwendigkeit) willen, häufig die Siegel werde angewandt haben, ist sehr begreiflich, und mehr beweisen die im obigen Titel enthaltenen Stellen nicht.

oder verschlossener vom Testator unterschriebener Schrift zu errichten, dergestalt, daß der Act von den benannten dazu adhibirten Personen darauf geschrieben und von den Scheffen unterschrieben werde. Statt der Scheffen sind nach §. 12 auch zwei andere fähige Zeugen zulässig.

Das Mainzer L. R. C. VIII. §. 4 fordert nur dazu die Gegenwart von drei ehrlichen Zeugen männlichen Geschlechts, der Testator kann sein Testament selbst schreiben, oder schreiben lassen, er muß es aber mit den Zeugen eigenhändig unterschreiben. Kann der Testator nicht schreiben; so muß er den vierten Zeugen zuziehen und das Testament von ihm ebenfalls unterschreiben lassen. Die Nassau-Catzenelnbogische und Solmsische Landesordnungen belassen es bei den kaiserlichen Rechten.

Das preuß. L. R. kennt eigentlich keine außergerichtlichen Privattestamente, es fügt den gerichtlichen noch die bei den Dorfgerichten errichteten bei, nur Legate, die den zwanzigsten Theil des Nachlasses nach der Versicherung des Erblassers nicht übersteigen, können durch eigenhändig geschriebene oder unterschriebene Codizille ohne gerichtliche Uebergabe verordnet werden. Ich übersehe dies, da ich nicht jeden Staatsbürger zwingen kann, bei Gericht sein Testament zu machen. Dagegen sanctionirt das österr. G. B. §. 578 die außergerichtlichen schriftlichen Testamente in der Art, daß derjenige, der ohne Zeugen testiren will, sein Testament oder Codizill eigenhändig schreiben und unterschreiben muß, wobei die Beisetzung des Ortes, Tages und Datums als rathsam zu Vermeidung von Streitigkeiten empfohlen wird; dann wird §. 579 gestattet, den letzten Willen von einer anderen Person schreiben zu lassen und eigenhändig zu unterschreiben, jedoch drei fähige Zeugen, von welchen we-

nigstens zwei beim Act gegenwärtig seyn müssen, zuzuziehen geboten, die, ohne daß sie den Inhalt des Testaments zu wissen nöthig haben, den Aufsatz als den letzten Willen bestätigen, und nicht auf dem Umschlag, sondern in der Urkunde selbst als Zeugen sich unterschreiben. Ein Erblasser, der nicht schreiben kann, muß nach §. 580 sein Handzeichen in Gegenwart aller drei Zeugen eigenhändig beisetzen, wobei es als Vorsichtsmasregel empfohlen wird, daß einer der Zeugen den Namen des Erblassers als Namensunterfertiger beisetze. Kann der Erblasser nicht lesen; so muß ihm ein Zeuge in Gegenwart der zwei anderen den Aufsatz vorlesen (§. 581) und bekräftigen lassen, daß dies sein letzter Wille sey. Der Schreiber des Aufsatzes kann zugleich Zeuge seyn.

§. 34.

Die in Rom eingerissene Sittenverderbniß und Immoralität waren der Grund, warum die Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian, daß sieben Zeugen bei Errichtung eines schriftlichen Testaments zugezogen werden sollten, bei der Revision des alten Codex von Justinian beibehalten wurde *). Ich würde mich gegen unser Zeitalter versündigen, wenn ich es dieser Gebrechen in eben dem Grade, wie zu jenen Zeiten in Rom, beschuldigen wollte; allein eine bestimmte Erbeseinsetzung ist, wie bei jedem Testament das erste Erforderniß. Sieben

---

*) Justinian in const. 28. §. 1. C. 6, 23 führt einerseits die Nov. des Theodosius, als die bekannte umfassende Constitution, de testamentis ordinandis auf, und betrachtet sie andrerseits als eine Vorschrift von sieben Zeugen.

Zeugen können zu viel und auch zu wenig beweisen; sie sind das flumina campis superflua. Es wird freilich die vollständigste Gewißheit erfordert, daß der Testator seinen Willen so und nicht anders erklärt habe, und dazu genügt mir das im österr. G. B. gestattete Testiren ohne Zeugen, wenn nur das Testament eigenhändig geschrieben wurde, gar nicht, weil der Einwand der Verfälschung und diese selbst zu oft practisch geworden ist; allein es genügt die Gegenwart von drei habilen Zeugen, die schreiben können und beim Act gegenwärtig waren.

Dem öster. G. B. §. 579 ist es hinlänglich, wenn zwei Zeugen zugleich bei der Bestätigung des Aufsatzes gegenwärtig sind, und läßt zu einer anderen Zeit von dem dritten Zeugen die Bestätigung des Aufsatzes nachholen. Dieses schadet auch der Einheit der Handlung gar nicht, und wurde selbst im römischen Recht, wenn sieben Zeugen nicht zu gleicher Zeit unterschreiben konnten, erlaubt. const. 28. pr. C. 6, 23.

Daß der Testator seinen letzten Willen selbst schreibt, ist gut, allein kein wesentliches Erforderniß, es ist res merae facultatis sobald, wie es geschehen muß, die von einem Dritten geschriebene Urkunde vom Testator auf jeder Seite, und von den drei Zeugen eigenhändig unterschrieben wird.

Kann der Testator nicht schreiben; so wird es im österreichischen Codex nur als Vorsicht zu Erleichterung eines bleibenden Beweises angerathen, daß einer der Zeugen den Namen des Erblassers als Namensunterfertiger beisetze; allein bin ich gleich weit entfernt, die Förmlichkeiten bei Testamenten zu erschweren; so hängt doch ein bloßer Rath von der Willkühr der handelnden

Personen ab. In ein Gesetz paßt nur das Dispositive, selten das Consultative, es muß bestimmt die zu beobachtenden Normen aussprechen. Nun ist es aber entweder überflüssig, oder durchaus nöthig, daß das Handzeichen des Erblassers durch einen Zeugen beurkundet werde. Für überflüssig kann ich es nicht halten, da den Nachkommen und allen, die ein Interesse dabei haben, die Ueberzeugung verschafft werden muß, daß der Erblasser eins der ersten Erfordernisse, sein Testament selbst zu unterschreiben, kein Genüge zu leisten vermochte, überdies bei jeder Vollmacht, bei jedem Instrument die Handzeichen einer des Schreibens unkundigen Person eine Beglaubigung erheischen, warum soll es bei Testamenten anders seyn? Aus diesem Grunde, und um die Gewißheit des Willens außer Zweifel zu setzen, halte ich dafür, daß ein Zeuge das Handzeichen des Testators bestätigen muß.

Eben so nothwendig scheint mir, wegen der möglichen Collision zweier sich widersprechenden Testamente, die Beifügung nicht des Ortes, aber des Tages und Jahres. Das römische Recht und unsere Landesstatuten gebieten solches nicht als Nothwendigkeit, und der österreichische Codex empfiehlt §. 578 die Beifügung nur als Rath; allein ich kann hier nichts anrathen, wo das Gesetz bestimmen muß. Dies muß aber aus obigem Grunde verordnen, daß Tag und Datum beizufügen sey, indem, wenn zwei Testamente verschiedenartigen Inhalts vorgefunden werden, die Frage litigiös werden kann, welches Testament früher oder später errichtet worden sey und dem andern derogire. Kann der Testator nicht lesen; so muß ihm der letzte Wille von einem Zeugen in Gegenwart der beiden andern vorgelesen werden, und

daß, oder mit welchen Abänderungen er ihn bekräftigt habe, von einem der drei Zeugen unter das Testament bemerkt werden. Dies ist im österr. G. B. vergessen worden; allein dem Geist unserer Landesstatuten, besonders dem des Solmsischen Landrechts Th. 2. Tit. 23. §. 2 angemessen. Daß der Vorleser oder Schreiber des letzten Willens zugleich Zeuge seyn kann, wenn er dazu fähig ist, bedarf keiner Demonstration, aber einer Bestimmung.

§. 35.

Ich habe gegen ein gerichtliches Testament dem Einwand der Gewalt, der Drohungen, des Irrthums und der Trunkenheit keine Statt gegeben, weil darüber, und ob der Testator bei Verstande gewesen sey, das Nöthige im gerichtlichen Protocoll gewahrt werden muß. Wie ist nun aber diesem Einwand bei einem außergerichtlichen schriftlichen Testamente zu begegnen? Hier finde ich es an seinem Orte, den Zeugen zu Vermeidung künftiger Streitigkeiten zu empfehlen, daß einer derselben den Testator darüber befragt, und seine Antworten, und ob er bei vollem Verstande gewesen sey, unter das Testament schreibt.

Ich sage, man kann dies den Zeugen zur Vorsicht empfehlen, weil sie nach dem Tode des Testators bei entstehenden Streitigkeiten über den Act vernommen werden können. Diesem füge ich nun hinzu:

daß, wenn von einem der Zeugen diese Form beobachtet worden sey, auch gegen außergerichtliche schriftliche Testamente Einwendungen dieser Art keine Statt finden sollten. (Ed. Entw. §. 34—38.)

§. 36.

Welche Wirkung hat nun aber die Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder Aufsatz, dessen er im Testament oder Codizill erwähnt? Nach dem preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 163 gelten dergleichen Aufsätze, und es hängt von der Bestimmung des Erblassers im Testamente ab, ob solche außer seiner Unterschrift noch mit anderen Erfordernissen versehen seyn müssen. Alle in solchen Aufsätzen bestimmte Vermächtnisse dürfen aber den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigen.

Größeres Bedenken hegt das römische Recht dergleichen besondern Aufsätzen, die durch Nachahmung der Handschrift fabricirt werden können, die Gültigkeit zu verleihen. Fallax et lubrica admodum, dispositio illa censeri debet, quae praeter testatoris ipsius scripturam facile per fraudes aliorum cum manus imitatione fingendam atque substituendam, nullam aliam fidem habet. Neque ullorum magis interest, quam ipsorum testatorum, hujus modi exemplum, non admitti, ne alioquin post mortem testatoris existant, qui producta ficta testatoris scriptura hereditatem, aut legata aliis deferrent, et ita vera morientium judicia subverterentur sagt sehr wahr *Voet* Comment. L. XXVIII. T. 1. nr. 29 mit Beziehung auf §. 1 Inst. in f. de milit. testam. (II, 11.)

Um einem solchen Aufsatz oder Zettel eine Wirkung beilegen zu können, verordnet der §. 582 des österr. G. B., daß er mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen seyn müsse. Außerdem (heißt es weiter) können dergleichen von dem

Erblasser angezeigte schriftliche Bemerkungen nur zur Erläuterung seines Willens angewendet werden.

Soll eine Scriptur nicht gegen, sondern für den Schreibenden beweisen, so muß sie das Gepräge der Glaubwürdigkeit an sich tragen. Wollte man Aufsätzen oder Zetteln, worauf der Testator im letzten Willen sich bezieht, ohne weitere Förmlichkeiten zu erfordern, die Wirkung beilegen, als ob solche einen Theil des Testaments oder Codizills selbst ausmachten; so würde der Verfälschung Thür und Thor geöffnet werden. Wie leicht würde ein solcher Aufsatz von einem Dritten geschmiedet, als angeblich unter dem Nachlaß vorgefunden, benutzt werden können. Selbst die preußische Legislation Th. 1. Tit. 12. §. 47, die mit Beziehung auf einen bloßen Zettel die Person des Erben oder Legators zu bezeichnen gestattet, wenn nur ein solcher Aufsatz versiegelt dem Testamente beigefügt ist, giebt bei schriftlichen verschlossenen Testamenten dem Verdachte Raum, daß ein Dritter demselben einen solchen Zettel beigefügt haben könne. Nur dann, wenn der Aufsatz mit allen zur Gültigkeit eines letzten Willens nöthigen Erfordernissen versehen ist, kann er die Wirkung des letzteren haben. Die bei einem außergerichtlichen schriftlichen Testamente nöthigen Förmlichkeiten müssen also nothwendig auch hier ihre Anwendung finden. Eine Theilung der Eltern unter den Kindern macht freilich hierbei eine Ausnahme, zur Gültigkeit derselben wird nichts als die Unterschrift des Vaters oder seiner Kinder erfordert. Nov. 18 cap. 7. Nov. 107. cap. 103; allein es muß doch die Aechtheit der Unterschrift keinem Zweifel unterliegen. Der Aufsatz muß also vom Vater entweder selbst geschrieben und un-

terschrieben, oder wenigstens von ihm und den Kindern unterzeichnet worden seyn.

Außer diesem Falle können die vom Erblasser im letzten Willen angezeigten Bemerkungen nur dann zur Erläuterung desselben dienen, wenn ihnen die Vermuthung der Aechtheit zur Seite steht. Ich bringe daher den §. 42 des Edictalentwurfs in Vorschlag. Einem Erblasser, welcher die zu einem schriftlichen Testament erforderlichen Förmlichkeiten nicht beobachten kann oder will, steht jedoch frei das

§. 37.

b) mündliche Privattestament.

Nach meinen obigen Grundsätzen muß ich ihm die Freiheit, solches zu errichten, vergönnen, da es Nothfälle geben kann, wo weder ein gerichtlicher noch schriftlicher letzter Wille außergerichtlich errichtet werden kann. Z. B. wenn ein durch einen Unglücksfall, durch einen Sturz vom Dache Sterbender ein Testament machen will; allein die Förmlichkeiten sind genau zu bezeichnen.

Das römische Recht erfordert zum mündlichen Testament sieben besonders erbetene Zeugen, die den Testator sehen und seinen letzten Willen in einer den Zeugen verständlichen Sprache aussprechen hören. Zum Beweise der Richtigkeit der Testamentifaction genügen aber nur zwei vollgültige Zeugen, wenn sie aussagen, daß sieben habile beim Act gegenwärtig gewesen wären, und mit ihren Aussagen die andern Zeugen nicht in Widerspruch stehen. fr 21. pr. 28. D. 1. const. 29. C. 6, 22.

Das Mainzer L. R. weiß nichts von mündlichen Testamenten, dagegen verordnet das Trierische L. R. Tit. 1. §. 6, daß solches vor einigen Personen geschehen

könne, jedoch dergestalt, daß entweder der letzte Wille sogleich zu Papier gebracht und dem Testirer vorgelesen, oder wenn dies nicht möglich sey, derselbe gleich nachher durch den dazu gebrauchten Rechtsgelehrten, Gerichtsschreiber, Notar, oder andere qualificirte Personen instrumentirt, den Schöffen oder Zeugen vorgelesen und von ihnen unterzeichnet werde. Im Unterlassungsfall soll der Rechtsgelehrte, Notar ꝛc. scharf gestraft und dem nachher errichteten Instrument alle Beweiskraft benommen seyn, die Zeugen aber über die letzte Willensäußerung eidlich abgehört werden. Die N. Catzenelnbogische L. O. C. II. §. 8. 9. schreibt beinahe ein Gleiches, nur mit dem Unterschied vor, daß der Testator vier Gerichtsschöffen oder vier andere ehrbare Männer nebst dem Gerichtsschreiber zu sich berufen, ihnen seinen Willen erklären, Letzterer denselben aufzeichnen, und nach geschehener Vorlesung ins Schöffenbuch eintragen solle. Dies ist jedoch ein von einem Dorfgerichte errichtetes Testament, das bei uns keine Statt finden kann. Auch das österr. G. B. läßt über die mündlichen Testamente viel Schwankendes zurück. Der §. 585 erfordert zu einem mündlichen Testament die Gegenwart von drei fähigen Zeugen, welche zu bestätigen im Stande sind, daß in der Person des Erblassers kein Betrug oder Irrthum untergelaufen sey, vor welchen der Testator ernstlich seinen Willen erklären soll. Weiter heißt es daselbst: »Es ist zwar nicht nothwendig, aber vorsichtig, daß die »Zeugen entweder alle gemeinschaftlich, oder ein jeder »für sich zur Erleichterung des Gedächtnisses die Erklä»rung des Erblassers entweder selbst aufzeichnen, oder »so bald als möglich aufzeichnen lassen,« und im §. 586: »Eine mündliche letzte Willensanordnung muß, um

»rechtskräftig (soll heißen rechtsgültig) zu seyn, auf »Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, durch »die übereinstimmende eidliche Aussage der drei Zeugen, »oder wofern einer aus ihnen nicht vernommen werden »kann, wenigstens der zwei übrigen bestätigt werden.«

§. 38.

Durch keine einzige der hier angeführten Legislationen über die Materie der mündlichen Testamente werde ich vollkommen befriedigt. Drei fähige Zeugen genügen mir zwar, um den letzten Willen eines Sterbenden zu fassen, die sich überzeugt haben, daß kein Betrug, kein Irrthum in der Person des Erblassers untergelaufen sey, und über alle Umstände, die auf seinen Willen Beziehung haben, genau sich erkundigen müssen. Allein das nassauische Edict vom 5ten Juni 1816, §. 5 *), autorisirt in Nothfällen den Stadt- oder Ortsschultheiß, mit Zuziehung von vier Feldgerichtsschöffen, Rathsherren, oder auch vier anderen Testamentszeugen, gültige Testamente aufzunehmen. Dagegen scheinen mir der Ortsschultheiß und zwei Feldgerichtsschöffen, oder im Verhinderungsfall des Ortsschultheißen, drei Feldgerichtsschöffen zu genügen, da es nicht auf die Menge, sondern auf die Vollgültigkeit der Zeugen ankommt. Allein dem trügenden Gedächtniß der Zeugen die Aussagen des Testators zu überlassen, oder es nicht als Nothwendigkeit zu gebieten und nur als Vorsicht es zu empfehlen, daß die Zeugen die Erklärung des Erblassers entweder selbst aufzeichnen, oder aufzeichnen lassen, eröffnet möglichen Streitigkeiten ein zu weites Feld. Die Zeugen, worun-

*) Edictensammlung B. II. S. 77.

ter wo möglich der Ortsschultheiß sich befinden muß, müssen auf der Stelle nach angehörtem letzten Willen zusammenkommen, einer von ihnen hat das, was sie vernommen haben, mit Bemerkung des Tages und Jahres niederzuschreiben, den Aufsatz dem Testator vorzulesen und dessen Genehmigung zu erwarten, worauf alle drei Zeugen den Aufsatz unterschreiben müssen, da gute Schulen sie schreiben lehren. Zwei eben dieser Zeugen (um nicht alle drei von ihren häuslichen Geschäften abzuziehen) müssen sofort denselben am nämlichen, oder doch am folgenden Tage dem Landoberschultheißen überbringen, der die Zeugen über die Person des Erblassers, wenn sie ihm nicht bekannt ist, und über die Beweggründe, die ihn mündlich zu testiren veranlaßten, zu Protocoll vernimmt, welches er mit Beifügung des Aufsatzes versiegelt, auf dem Umschlage aufgezeichnet, wessen letzter Wille darin enthalten sey, dem Amte gegen Empfangschein zur gerichtlichen Hinterlegung übergiebt.

Dabei ist aber den Unterthanen anzurathen, von dieser Art der Testamentifaction, die immer einige Ungewißheit zurück läßt, nur im höchsten Nothfalle Gebrauch zu machen, und wo möglich gerichtlich oder beim Landoberschultheißen ihren letzten Willen zu erklären, im Falle sie aber dennoch außergerichtlich schriftlich testiren wollten (welches sich auch auf die dem Richter übergebenen Testamente bezieht) zu Verhütung künftiger Irrungen alle Zahlen mit Buchstaben auszuschreiben, welches auch beim mündlichen Testament in dem zu fertigenden Aufsatz den Zeugen zu empfehlen ist. Die Nov. 107. Cap. I. bringt mich auf diese Idee, worin bei einer Disposition der Eltern unter den Kindern verordnet wird, volumus, ad hoc uncias in quibus scripsit eos (liberos)

heredes non signis numerorum significendas, sed per totas litteras declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistant. (Cd. Entw. §. 39—41.)

§. 39.

Fähigkeit oder Unfähigkeit der Testamentszeugen.

Welche Personen sind nun aber unfähig, Zeugen bei der Errichtung eines letzten Willens zu seyn? Die Testamentifaction gehört in der Regel zu den Bürgerrechten. Nur eine, das Bürgerrecht genießende Person, sie sey In- oder Ausländer, kann bei einer Art von religiöser Handlung, wie die Testamentserrichtung ist, Zeuge seyn. Das römische Recht hält dazu für unfähig: den Erben wegen der Einheit der Person mit dem Erblasser, den Jüngling unter 18 Jahren, das weibliche Geschlecht, den Sinnlosen, Blinden, Tauben und Stummen, die unter der Gewalt des Testators und des Erben stehen, oder in deren Gewalt der Testator oder der Erbe selbst steht; endlich den wegen anstößiger Schreibart (carmen famosum) Verurtheilten. §. 6. Inst. 2, 10. fr. 20. §. 4. D. 28, 1. const. 9. C. 6, 23. c. 54. 56. X. de testib. Das preuß. L. R., das, wie gesagt, nur gerichtliche Testamente kennt, redet eben so wenig, wie unsere Landesstatuten, von der Fähigkeit, Testamentszeuge zu seyn.

Ich halte mit dem österr. G. B., §. 591—595, dazu für unfähig: Jünglinge unter 18 Jahren, Frauenspersonen, Sinnlose, Blinde, Taube oder Stumme, dann diejenigen, welche die Sprache des Erblassers nicht verstehen, Verbrecher, die wegen Betrugs oder eines andern Verbrechens aus Gewinnsucht, bereits verurtheilt worden sind, weil alsdann die Vermuthung der Redlichkeit wegfällt. Wer sich nicht zur christlichen Religion

bekennt, kann den letzten Willen eines Christen nicht bezeugen. Dies gründet sich auf const. 21. C. 1, 5. Nov. 45. C. 1. Can. 26. c. 2 qu. 7.

So hart dieser Satz auch klingt; so kann ich doch nach der Stufe der Moralität, auf welcher noch zur Zeit unsere jüdischen Sectirer stehen, wenn auch bei Muhamedanern eine Ausnahme statt findet, und da ihnen noch keine vollkommenen Bürgerrechte zustehen, keine andere Doctrin annehmen. Der Erbe, oder Legatar, in Rücksicht des ihm zugedachten Nachlasses, dessen Gatte, Eltern, Kinder, Geschwister, oder in eben dem Grade verschwägerte Personen, und die besoldeten Hausgenossen sind unfähige Testamentszeugen. Wenn nun wegen diesen letzteren der §. 594 hinzufügt, die Verfügung (nämlich in Hinsicht des Erben oder Legatars, Eltern, Kinder) muß, um gültig zu seyn, von dem Erblasser eigenhändig geschrieben, oder durch drei von den gedachten Personen verschiedenen Zeugen bestätigt werden; so ist dies in Beziehung auf das, dem Erben oder Legatar Zugedachte, beim schriftlichen Testament ganz consequent. Beim mündlichen Testament, wo ich die ununterbrochene Gegenwart von drei Zeugen voraussetze, würde, im Fall der Testator einem von diesen den Nachlaß oder ein Legat vermachen wollte, nur ein anderer Zeuge an dessen Stelle zu berufen seyn. Ich billige es indessen, im Fall der Testator zwei oder gar allen drei Zeugen von seinem Nachlaß etwas zuwenden wollte, wenn das Gesetz im Allgemeinen die Bestätigung von drei von der Person des Erben, Legatars, dessen Gatten, Eltern rc. verschiedene Zeugen verlangt.

Will der Erblasser demjenigen, der seinen letzten Willen schreibt, oder dessen Ehegatten, Eltern, Kindern,

Geschwistern, oder in eben dem Grade verschwägerten Personen einen Nachlaß bestimmen; so ist die Anordnung schon nach dem SCto Liboniano nicht durch ihn, sondern durch einen andern mit Beobachtung der nämlichen Förmlichkeiten niederzuschreiben. Es versteht sich übrigens von selbst und erheischt keine gesetzliche Bestimmung, daß dasjenige, was von der Unbefangenheit und Fähigkeit des Zeugen, und um den Willen des Erblassers außer Zweifel zu setzen, verordnet wird, auch auf die gerichtlichen Personen, die einen letzten Willen aufnehmen, seine Anwendung finden muß. Denn wenn z. B. dem Landoberschultheiß, der ein Testament gerichtlich aufnimmt, vom Erblasser ein Legat vermacht wird; so kann er diesen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht ausüben, weil ihm das Erforderniß eines vollgültigen Zeugen abgeht; er muß also den Testator an einen andern Beamten hin-, oder ihn auf eine andere gesetzliche Art zu testiren anweisen. Bei einem schriftlich verfaßten verschlossen übergebenem Testament, von dessen wesentlichem Inhalt der Richter nichts weiß, und nicht einmal sich darnach erkundigen darf, macht dies einen Unterschied; hier ist er zur Abnahme und Deposition des Testaments allerdings befugt, und es bedarf dies, da das Nichtwissen zu seiner Competenz schon genügt, ebenfalls keiner gesetzlichen Bestimmung. (Ed. Entw. §. 42—46.)

§. 40.

Testamente der Blinden, Tauben und Stummen.

Ich verlasse diese Materie nicht, ohne zuvor der Testamente der **Blinden**, **Tauben** und **Stummen** und der **Begünstigten** oder **Privilegirten** zu erwähnen.

Ganz außerordentliche Förmlichkeiten erfordert das römische Recht:

A) bei Testamenten der **Blinden.**

Testirt dieser mündlich; so muß ein dazu requirirter Notar den letzten Willen desselben in Gegenwart aller sieben Zeugen unterschreiben, und denselben, nachdem er ihn dem Testator nochmals vorgelesen hat, mit den Zeugen unterschreiben und besiegeln. Hat der Blinde sein Testament aber schon durch einen andern aufsetzen lassen; so muß der Notar dasselbe dem Testator in Gegenwart der Zeugen vorlesen, und es sodann mit den Zeugen unterschreiben und besiegeln. Ist kein Notar zu haben; so vertritt ein achter Zeuge seine Stelle. Const. 8. C. 6, 22. Das nenne ich Cautelen des davon überfüllten römischen Rechts!!!

Das preußische L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 115 gestattet den Blinden, an den Händen gelähmten, und des Lesens und Schreibens unerfahrnen Personen nur mündlich zum Protocoll zu testiren; es steht ihnen aber frei, einen schriftlichen Aufsatz ihres letzten Willens dem Richter offen zu übergeben, den dieser dem Testator vorlesen, auch was derselbe dabei erklärt hat, in einem dem Aufsatze beizufügenden, und mit ihm zu versiegelnden Protocolle bemerken muß.

Das Mainzer L. R. erfordert Tit. 8. §. 5. zu einem Testamente des Blinden entweder, daß es gerichtlich, oder vor fünf Zeugen gefertigt werde. Ein Anderes statuirt das Trierische L. R. Tit. 1. §. 15, daß solches vor einem Rechtsgelehrten, Notar, Gerichtsschreiber und zwei Schöffen mit Zuziehung des dritten oder eines tüchtigen Zeugen errichtet wissen will. Die Solmsische und Nassau-Catzenelnbogische L. O. übergehen,

gleich dem österr. G. B., das Testament des Blinden, weil die beiden erstern Landrechte es beim gemeinen Rechte belassen. Ich glaube es ebenfalls aus folgenden Gründen übergehen zu können.

Ich erfordere zu einem schriftlichen Privat- und gerichtlichen Testament, daß es der Testator selbst schreibt oder unterschreibt. Die physische Unmöglichkeit tritt beim Blinden ein, diese Vorschrift zu befolgen; er kann also nur mündlich gerichtlich oder mündlich außergerichtlich testiren. Die Normen, die bei beiden Arten von Testamenten zu beobachten sind, wurden genau vorgezeichnet. Beim mündlichen gerichtlichen vernimmt der Landoberschultheiß, beim außergerichtlichen (das nur im höchsten Nothfalle zu errichten angerathen wird) vernehmen die Zeugen seinen Willen. Größere Förmlichkeiten zu gebieten, als hier vorgeschrieben sind, dazu finde ich keinen Grund, da ich dem Blinden kein größeres Privilegium geben kann, als jedem schwer Erkrankten.

§. 41.

B) Taube und Stumme können a) wenn sie taub und stumm zugleich sind, nach Justinians Verordnung nicht testiren, weil Justinian keinen Begriff von Instituten hatte, wo solche Menschen schreiben lernen, oder nach Montesquieu *), weil der Taube die Worte des Familien- oder Vermögenskäufers nicht hören, der Stumme aber die Worte der Erbeseinsetzung nicht aussprechen kann. Nach Umständen kann aber ein Taubstummer heut zu Tag ein Testament machen; kann er aber nicht schreiben; so fällt die Testamentifaction weg. b) Ist je-

---

*) a. a. O. p. 165.

mand taub allein; so kann er mündlich und schriftlich testiren. c) Ist er von Natur stumm allein; so kann er schriftlich testiren. Dies bestätigt Kaiser Maximilian in der Notariatsordnung von 1512, Art. von Testamenten §. 4.

Nach dem preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 123. können Taube imgleichen Stumme testiren, die an sie zu richtenden Fragen müssen aber schriftlich vorgelegt, und wenn der Testator stumm ist, auch schriftlich von demselben beantwortet werden.

Für jeden Naturfehler die Form der Testamente vorzuschreiben, fällt ins Lächerliche, sonst wäre es nicht übel, jedem Krüppel nach der Art seines Gebrechens ein Muster dazu zu geben. Wer taub und stumm zugleich ist und nicht schreiben kann, weiß, daß er kein Testament machen kann. Wer nur allein taub ist, kann sich mündlich und schriftlich verständlich machen; wer nur allein stumm ist, weiß, daß er nur schriftlich testiren kann. Wozu also Vorschriften für Unglückliche, die durch die ihnen fehlenden Organe von selbst belehrt werden, ob und wie sie einen letzten Willen anordnen können.

§. 42.

Privilegirte Testamente.

C) Zu den begünstigten oder privilegirten Testamenten rechnet das römische Recht

a) das Testament eines Soldaten,

b) das auf dem Lande errichtete,

c) das während einer ansteckenden Krankheit gemachte,

d) das Testament der Eltern und Ascendenten, wenn sie ihre Kinder oder Enkel zu Erben einsetzen, und

e) das frommen Stiftungen gewidmete Testament.

Zu a. Das Testament eines Soldaten, das dieser im Felde, und nicht in der Garnison (wo er an die gesetzlichen Förmlichkeiten gebunden ist) errichtet, erfordert gar keine Solennitäten, sondern es gilt schlechthin, wenn es nur gewiß ist, daß der Soldat es geschrieben hat, mit dem Säbel in den Sand, auf die Scheide des Säbels, oder auf das Schild, literis sanguine suo rutilantibus, oder aber, wenn er es mündlich vor zwei, wenn auch nicht rogirten Zeugen, erklärt. Auch kann der Soldat ein vor dem Feldzug errichtetes, nicht so solennisirtes Privattestament im Felde ohne weitere Feierlichkeiten bestätigen. Const. 15. C. 6, 21. fr. 24. fr. 40. pr. D. 29. 1. §. 1. I. 2, 11.

Das preuß. L. R. a. a. O. §. 183. 186. erfordert, daß das Testament vom Soldaten eigenhändig geschrieben und unterschrieben, in seinem Feldnachlasse vorgefunden, oder wenn es vom Testator blos unterschrieben worden sey, die Mitunterschrift eines glaubwürdigen Zeugen. Ist dieser Zeuge nicht mehr vorhanden; so muß die Richtigkeit der Unterschrift des Testators durch das Anerkenntniß der gesetzlichen Erben, oder auf andere Art ausgemittelt werden. Mündliche Verordnungen eines Soldaten sind gültig, wenn sie während eines Treffens oder Sturms, oder unmittelbar vorher vor zwei glaubwürdigen Zeugen oder einem Oberofficier erklärt worden sind. Außer dem Falle einer gegenwärtigen Kriegsgefahr kann der Soldat entweder einen von ihm unterschriebenen Aufsatz einem seiner vorgesetzten Officiers, oder dem Auditeur in Gegenwart zweier Zeugen übergeben, der die Zeit der Uebergabe darauf bemerkt, und dies Vormerk von den Zeugen mit unterschreiben läßt, oder er muß vor einem ihm vorgesetzten Officier oder

dem Auditeur in Gegenwart zweier Zeugen mündlich testiren, der dann ein schriftliches Vormerk (Protocoll) darüber aufnimmt, das von dem Officier oder Auditeur und den Zeugen unterschrieben wird. (§. 188. 194.) Ein solches Testament behält nur ein Jahr nach wiederhergestelltem Frieden seine Kraft, und militärische Testamente der Deserteurs verlieren durch das Verbrechen der Desertion ihre Gültigkeit, die auch durch den erhobenen Pardon nicht wieder hergestellt wird. (§. 196. 197.) Das Privilegium des militärischen Testaments gilt nur während den Kriegsunruhen. (§. 177.)

Der österr. Codex verweiset §. 600 wegen der Begünstigung der Militärtestamente auf die Militärgesetze, die ich nicht besitze. Dagegen bestimmt das franz. G. B., Art. 981, daß die Testamente der Militärs und der bei der Armee angestellten Personen, in welchem Lande es auch sey, von einem Bataillons- oder Schwadronschef, oder von jedem andern Officier eines höhern Grades in Gegenwart zweier Zeugen, oder von zwei Kriegscommissärs, oder von einem Kriegscommissär in Gegenwart zweier Zeugen aufgenommen werden können. Sie können ferner (Art. 982), wenn der Testator krank oder verwundet ist, von dem Obergesundheitsbeamten, unter Beistand des mit der Polizei des Spitals beauftragten Militärcommandanten aufgenommen werden.

Es beschränkt sich aber diese Verfügung blos auf diejenigen, die auf einem Kriegszuge oder in Einquartierung, oder in Garnison außerhalb des französischen Gebiets, oder als Kriegsgefangene in Feindes Land sich befinden. Diejenigen, die im Innern in Einquartirung oder Garnison liegen, können keinen Gebrauch davon machen, es sey denn, sie befänden sich in einem belager-

ten Kriegsplatze, oder in einer Citadelle, oder an einem andern Orte, wo des Krieges wegen die Thore geschlossen und die Communicationen unterbrochen sind. (Art. 983.) Das in der oben bestimmten Form errichtete Testament wird null, sechs Monate, nachdem der Testator an einen Ort zurückgekommen ist, wo er die Freiheit hat, nach den gewöhnlichen Formen zu testiren. (Art. 984.)

§. 43.

Die Begünstigung des militärischen Testaments hat ihren Grund in der Kriegsgefahr; cessirt diese, so hört das Privilegium auf, sie betrifft nicht allein die Militärs selbst, sondern auch die beim Corps angestellten Individuen, alle Kriegscommissäre, Auditeurs, Stabs- und Bataillonsärzte, Feldprediger, Feldbäcker, Train- und Fuhrknechte.

Der Grund, warum das französische Recht die Bataillons- oder Escadronschefs, und nicht die Unterlieutenants zur Testamentsaufnahme autorisirt, beruht, wie Malleville im Comment. B. II. S. 442 bemerkt, darin, daß man wegen des Vortheils der Militärpersonen von der gewöhnlichen Regel abweiche. Eben diesen Vortheil würde aber das Gesetz verletzen, wenn es nicht ihre Testamente an solche Formen bände, die hinlänglich dafür bürgten, daß sie der wahre Wille des Testirers seyen, diese Bemerkung erhalte ein vorzügliches Gewicht heut zu Tage dadurch, daß die Conscription reiche Bürger zu den Armeen führe.

Ich kann diesen Grund nicht durchgreifend finden. Der Unterlieutnant als Oberofficier verdient als Zeuge einer Handlung eben so vielen Glauben, wie der Ba-

taillons- oder Escadronschef. Wenn daher auch das Vermögen, worüber testirt werden soll, Millionen beträfe; so schwächt dies die Glaubwürdigkeit des Subalternofficiers nicht.

Ich halte folgende Grundsätze für richtig:

1) Im Kriege kann der Soldat und die beim Corps angestellten Individuen, in welchem Lande es auch sey, schriftlich testiren, durch einen von ihm unterschriebenen Aufsatz, den er einem Oberofficier, dem Auditeur oder Kriegscommissär in Gegenwart von zwei Zeugen übergiebt, worauf ersterer den Tag der Uebergabe beimerkt, und das Testament bis zur möglichen Ablieferung an das Kriegscollegium aufbewahrt. Mündlich durch die Erklärung seines Willens vor einem Oberofficier, Kriegscommissär oder Auditeur und zwei Zeugen, oder wenn er sich im Lazareth oder Militärhospital befindet, vor dem Bataillons- oder Regimensarzt, oder dem Verwalter und zwei Zeugen. Mündliche Anordnungen gelten aber nur 14 Tage lang, nachdem der Testator nach geendigtem Kriege in sein Standquartier eingerückt ist.

2) Da nach geendigtem Kriege die Privatverhältnisse des Soldaten sich oft abändern; so bleiben schriftliche militärische Testamente nur sechs Monate nach geschlossenem Frieden in Kraft.

3) Bei der dem Soldaten gelassenen Alternative im Kriege schriftlich oder mündlich zu testiren, mache ich keinen Unterschied, in welcher Lage derselbe sich befindet, ob auf dem Marsch, vor einer Schlacht oder Sturm, im Cantonirungsquartier oder in der Gefangenschaft, er kann von ein oder dem anderen Gebrauch machen.

4) Militärische Testamente der Deserteurs, d. i. solche, die zur Zeit der Desertion errichtet worden sind,

verlieren durch das Verbrechen der Desertion ihre Gültigkeit, und diese wird durch den erhaltenen Pardon nicht wieder hergestellt. (Ed. Entw. §. 47, 48.)

§. 44.

Zu b und c. Das römische auf dem Lande errichtete Testament, wo fünf Zeugen genügen, kann keine Anwendung finden. Die meisten werden auf dem platten Lande, in Dörfern, einzelnen Höfen, Mühlen errichtet, und nach der Verschiedenheit des Locals und der Bevölkerung einzelner Orte verschiedene Testamentsformen einzuführen, wird niemand einfallen.

Dagegen verdient das während einer ansteckenden Krankheit zu errichtende einige Aufmerksamkeit. Die Römer, bei ihrer übertriebenen Scrupulosität, erließen dabei nur die Einheit des Acts, dagegen gestattet das preuß. L. R. a. a. O. §. 200 (das, ich wiederhole es, nur gerichtliche Testamente kennt) einer einzelnen, auch nicht deputirten Gerichtsperson, dem Prediger, oder Caplan, oder dem Arzt des Orts, wo der Testator sich befindet, oder auch einem Justizcommissarius oder Notar die Aufnahme des Testaments, läßt aber dergleichen Testamente nur ein Jahr nach aufgehobener Sperre gelten.

Das österr. G. B., §. 597, läßt Ordensgeistliche, Frauenzimmer und Jünglinge, die das 14te Jahr zurückgelegt haben, bei ansteckenden Seuchen als gültige Testamentszeugen zu, und erfordert überhaupt nur dazu zwei Zeugen, wovon einer das Testament schreiben kann, die aber nicht beide zugleich gegenwärtig zu seyn brauchen, nach Ablauf von sechs Monaten, nach geendigter Seuche, benimmt es einem solchen Testamente seine Kraft.

Die Nassau-Catzenelnbogische L. O., Th. III. C. 3, und das Trierische L. R., §. 16, stimmt im Wesentlichen mit dem preuß. L. R. überein, nur gestattet das Trierische mündlich oder schriftlich vor zwei Zeugen (die auf Verlangen der Intestaterben eidlich abgehört werden sollen) zu testiren, und benimmt dem Testament nach einem Jahr nach geendigter Seuche seine Wirkung, wogegen die Catzenelnbogische Landesordnung den Zeugen empfiehlt, darauf zu sehen, ob der Testator bei Verstand gewesen sey.

§. 45.

So sehr auch nach meinen Anträgen die Testamentifaction erleichtert worden ist; so kann doch eine ansteckende Krankheit so sehr wüthen, daß mehrere Zeugen und mehrere zusammen, um ein Testament zu machen, schwer zu haben sind. Alle Gesetzgebungen älterer und neuerer Zeit haben diesen Fall vor Augen gehabt, und ich glaube ihn ebenfalls berücksichtigen zu müssen. Wenn ich zu einem schriftlichen außergerichtlichen Testament die Unterschrift von drei habilen Zeugen erforderte; so genügen mir bei einer Contagion zwei Zeugen, die, wenn die Krankheit des Testators ansteckend ist, nicht zu gleicher Zeit gegenwärtig zu seyn brauchen, und wovon einer, im Fall der Disponent nicht schreiben kann, den Aufsatz fertigt und sein Handzeichen beurkundet. Außergerichtlich mündlich vor drei Zeugen zu testiren halte ich zur Zeit der Contagion nicht passend, weil die Einheit des Actes, wenn auch nur zwei Zeugen genügen würden, erfordert werden müßte. Frauenspersonen und Jünglinge, die das 14te Jahr noch nicht zurückgelegt haben, halte ich beim schriftlichen Aufsatz für

gültige Zeugen. Da die Folgen der Gefahr bei uns nicht von langer Dauer zu seyn pflegen, so müssen dergleichen Testamente drei Monate nach aufgehörter Seuche ihre Kraft verlieren. (Cd. Entw. §. 49.)

§. 46.

Am meisten begünstigt in der römischen Legislation erscheint zu d) das Testament der Eltern unter Kindern, oder das der Eltern und Ascendenten, wenn sie ihre Kinder oder Enkel zu Erben einsetzten. Alle Förmlichkeiten sind dabei erlassen; denn so genügt beim schriftlichen Testament die bloße Unterschrift des Testators, der jedoch die Namen seiner Kinder selbst schreiben und den Erbtheil eines jeden, auch Tag und Jahr mit Worten beifügen muß. Nov. 107. c. 3. Mackeldey Lehrbuch der Institut. §. 452. Das Gegentheil behauptet Hellfeld jurispr. forens. §. 1482, der, wie ersterer, beim mündlichen Testament dieser Art zwei Zeugen erfordert. Beschränkter erlaubt das franz. Civ. G. B. den Eltern und Ascendenten ihr gegenwärtiges Vermögen in Form einer Schenkung oder einer der drei Testamentsarten, jedoch bei Strafe der Nichtigkeit unter alle zur Zeit des Todes lebende Kinder und die Descendenten der vorverstorbenen Kinder zu vertheilen, es kann aber diese Theilung wegen einer den vierten Theil übersteigenden Verletzung angegriffen werden. (Art. 1075—1080.)

Das Mainzer L. R. Tit. 8. §. 14 verlangt (wenn keine fremden Personen eingemischt worden sind) zu einem solchen Testament gar keine Zeugen, es genügt ihm, wenn nur der Wille des Testators constirt. Die Disposition ist aber ungültig, wenn derselbe vor gänzlicher Vollendung der Disposition vom Tode übereilt worden ist.

Strenger ist die N. Catzenelnbogische Landesordnung Cap. II. §. 15, sie erfordert zum mündlichen Testament des Vaters oder der Mutter zwei Zeugen, sie seyen erbeten oder nicht, wozu auch Frauenspersonen zugelassen werden, zum schriftlichen das Selbstschreiben oder Schreibenlassen, die Namensunterschrift und die Beifügung des Tages und Jahres, sodann die Bemerkung des Testators, daß das, was von einem Andern geschrieben worden, sein letzter Wille sey. Sollen andere Personen, als die Kinder und Enkel bedacht werden; so sind zwei Zeugen zuzuziehen. Im Unterlassungsfall besteht die Verordnung nur in Rücksicht der Kinder 2c. nicht anderer Personen. Das Trierische L. R. T. 1. §. 17 stimmt damit überein, läßt aber auch die Legate zu frommen Zwecken bestehen. Die Solmsische L. O. schweigt darüber.

§. 47.

Meine Meinung ist, diese Art von Testamenten mit den preuß. und österr. G. B. ganz zu übergehen. Wollte man unsern Landleuten gestatten, auf eine andere, als die oben vorgezeichnete Art unter ihren Kindern oder Enkeln zu testiren, und dabei noch mehrere Förmlichkeiten nachlassen; so würde die Streitsucht über die Gültigkeit der Testamente nur vermehrt werden. Die Verfasser unserer Landesstatuten, der römischen Jurisprudenz nachbetend, glaubten, um ja nichts zu vergessen, auch diese Art von Testamenten aufnehmen zu müssen; es folgt aber nicht, daß deshalb jetzt ein Gleiches geschehen müsse. Non omnia apud priores meliora!

§. 48.

Das frommen Stiftungen gewidmete Testament (testamentum ad pias causas) ist eine Geburt des

canonischen Rechts, das, wenn der Erblasser Gott, seinen Heiligen, der Kirche oder den Armen seinen Nachlaß hinterlassen will, alle Förmlichkeiten dabei erläßt, wenn nur der Wille des Erblassers außer Zweifel gesetzt ist, licet forsan superstitio, hypocrisis et ipsa impietas subsit, wie Hellfeld a. a. O. §. 1479 richtig hinzufügt. Natürlich mußte die päbstliche Schlauheit alles erfinden, um die Hierarchie um so wirksamer zu machen, und daher auch, um die geistlichen Pfründen um so besser zu dotiren, alle Förmlichkeiten bei dem testamento ad pias causas erlassen. Da wir schon seit Luther dahin trachten, den Aberglauben auszurotten, die Kirche auf Kosten oft armer Verwandten eines Erblassers nicht bereichern wollen, und für die Armen von Staatswegen wohlthätig gesorgt ist; so bedürfen wir für dergleichen gottselige Institute des canonischen Kunstgriffs gar nicht. Ich verbanne daher die frommen Zwecken gewidmeten Testamente aus der Reihe der privilegirten.

§. 49.

Ungültigkeit der unförmlichen letzten Anordnungen.

Nothwendig scheint mir aber eine andere Verfügung zu seyn, nämlich die, daß, wenn der Erblasser die zu Errichtung der Testamente oder Codizille vorgeschriebenen, und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht (wie z. B. im §. 38 des Edict. Entw.) überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat, die letzte Willenserklärung für ungültig erklärt werden solle. (Ed. Entw. §. 50.) Die Codizillarclausel ist und kann keine Schutzwehr gegen die Ungültigkeit seyn. Wenn Scheidlein in der

Erklärung des §. 601 des österr. G. B. gegen die römische Doctrin *) behauptet, daß, wenn wegen ermangelnder äußerer und innerer Förmlichkeiten das Testament für ungültig gehalten werden müsse, z. B. wenn ein unfähiger Erbe eingesetzt worden sey, daraus nicht folge, daß auch die Vermächtnisse und übrigen Anordnungen im Testament für ungültig gehalten werden müßten, und daß, wenn bei einem gerichtlichen Testament der Richter, und nicht der Erblasser, eine gesetzliche Vorschrift unbeachtet gelassen habe, deswegen doch der Wille des Erblassers deutlich erkannt werden könne; so ist dies theils richtig, theils unrichtig. Unrichtig, weil die Einsetzung eines unfähigen Erben ein wesentlicher Irrthum ist, der nach §. 570 den letzten Willen völlig ungültig macht. Richtig, beim gerichtlichen Testament, weil dem Erblasser keine Oberaufsicht über den Richter zusteht, und schon const. 24. C. 6. 23. bei einem Fehler des Richters in der Aufnahme des Testament den Willen des Erblassers in Schutz nimmt **). Scheidleins Schlußfolge kann auch zu weit führen; denn wenn z. B. der Erblasser bei einem außergerichtli-

---

*) M. s. Hellfeld a. a. O. §. 1427. *Puffendorf* T. II. Obs. 10. §. 4. sqq. Höpfner Comment. §. 516.

**) Ambignitates, quae vel imperitia, vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse consemus, et sive institutio heredum, post legatorum donationes scripta sit, vel alia praetermissa sit observatio non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis, vel alterius, qui testamentum scribit, nulli licentiam concedimus, per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere, vel minuere.

chen schriftlichen Testament die erforderliche Zahl von Zeugen nicht hinzuzieht, sollen deswegen die Vermächtnisse bestehen? Nach der regula Catoniana, und ich glaube selbst nach Scheidleins Grundsatz, Nein! weil hier die Schuld des Erblassers vor Augen liegt. Die Schuld des Erblassers und die des Richters bei der Testamentserrichtung liegt aber von selbst im §. 601 des G. B.

Uebrigens bedarf es keiner gesetzlichen Bestimmung, daß, wenn der eingesetzte Erbe ein an sich nichtiges oder unförmliches Testament ausdrücklich anerkannt hat, er dadurch der Befugniß, sowohl dessen Form, als die einzelnen darin enthaltenen Anordnungen zu bekämpfen verlustig wird, indem diese Anerkennung in beider Hinsicht die rechtliche Folge haben muß, daß solche nach den Grundsätzen eines gerichtlichen Bekenntnisses beurtheilt wird, obgleich das franz. G. B. Art. 1340 mit dem römischen Recht fr. 16. §. 1. D. 6, 23 und fr. 2. D. 6, 42 den Verlust der darauf sich beziehenden Einreden gesetzlich ausspricht.

§. 50.

Ein im Auslande errichtetes Testament.

Von hohem Interesse ist aber die Frage:

»ob ein im Auslande errichtetes Testament nach den »Gesetzen des Wohnorts, oder nach denen des Auf»enthaltsortes errichtet werden müsse?

Nicht leicht hat eine Frage zu so verschiedenartigen Meinungen die Gelegenheit gegeben, als gerade diese.

Der römische Grundsatz: locus regit actum, kann zu ihrer Auflösung nicht dienen. Die Gründe, warum?

giebt Böschen *) an: cujus rei, sagt er, duae inprimis causae sunt. Una quod Romani peregrinos hostium fere loco habere soleant, quod sanioris philosophiae principiis hodie recte contrarium putatur. Altera haec est. Imperium Romanum latissime patebat, ideoque permultae leges, quae hac in re afferri solent, jus quidem constituebant, inter ejusdem civitatis magistratus, non vero inter liberas gentes, vel Principes Imperii, qui cum magistratibus romanis non possunt comparari. Receptum quidem est in imperio R. G. jus romanum, sed ita debet applicari, uti ratio Imperii romano-germanici hodierna patitur. Omnis haec de vi legum civilium, in subditos temporarios disputatio dijudicari debet, partim ex subjectione eorum voluntaria, ex qua omne in eos imperium oritur, partim ex eo, quod salus rerum publicarum exigit, quae ipsius hujus subjectionis fundamentum est.

Indessen hat das Mainzer L. R. Tit. 8, §. 16 die obige Frage nach römischen Grundsätzen entschieden, in den Worten:

»ist ein Testament außerhalb unserer churfürstlichen
»Lande gemacht worden, nach dasiger Orten Landes-
»ordnung und Gewohnheit, allwo es der Testator er-
»richtet; so ist selbiges auch gültig, so viel die in un-
»seren Landen gelegenen Güter und Vermögen betrifft.«

Die jura loci sollen also zur Richtschnur dienen, wahrscheinlich weil der Fremde, in Ansehung seiner persön-

---

*) In Diss. de vi legum civilium in subditos temporarios §. 14.

lichen Verhältnisse, den Gesetzen des Staats, in welchen er verweilt, unterworfen sey *).

Ganz anders verfügt das franz. G. B. im Art. 999:

»Ein Franzose, der sich im Auslande befindet, kann »seine testamentarischen Verfügungen in einem Privat»acte nach der Vorschrift des 970sten Artikels »(d. i. ein olographisches Testament) oder in einem »autentischen Acte nach den im Ort, wo dieser Act »verfaßt wird, gebräuchlichen Formen errichten.«

Ferner im Art. 1000:

»Die im Auslande gemachten Testamente können, in »Ansehung der in Frankreich gelegenen Güter nur als»dann vollzogen werden, wenn sie vorher in der Re»gistrirungskammer des Wohnsitzes des Testators, im »Falle er einen beibehalten hat, oder widrigenfalls, »wenn sie in der Registrirungskammer seines letzten »bekannten Wohnortes in Frankreich einregistrirt wor»den sind, im Fall das Testament Verfügungen über »unbewegliche Güter, die in Frankreich gelegen sind, »enthielte; so muß es außerdem noch in der Registri»rungskammer, in deren Bezirk die Güter gelegen »sind, registrirt werden, ohne daß deshalb eine dop»pelte Gebühr könnte gefordert werden.«

Auf die Nichtbefolgung dieser Förmlichkeiten wird im Art. 1001 die Strafe der Nullität gesetzt.

---

*) Dies wird unterstützt durch *Hert* in diss. de collisione legum Sect. IV, §. 10, wo er sagt: Si lex actui formam dedit, inspicieudus est locus actus, non domicilii, non rei sitae, id est si de solennibus quaeratur, und hier — caterva Doctorum adducta.

Nun aber ist das französische olographische Testament bei uns nicht üblich, und wenn der Art. 999 dem Testator die Alternative läßt, entweder in dieser Form zu testiren, oder einen autentischen Act nach der im Orte, wo der Act verfaßt wird, gebräuchlichen Form zu errichten; so schneidet es ihm die Befugniß ab, ein schriftliches Privattestament vor Zeugen zu errichten, wenn solches auch am Orte, wo der Fremde sich aufhält, gesetzlich erlaubt ist. Wie steht also diese Theorie mit dem Völkerrecht im Einklang?

Ich sage mit dem **Völkerrecht**; denn daß nur dieses die Entscheidungsquelle darbietet, leuchtet von selbst ein. Darin gelten aber folgende Grundsätze:

Durch die Gewalt über fremde in unserem Lande sich aufhaltende Personen hören die Rechte und Verbindlichkeiten keineswegs auf, die sie in dem Staate haben, dessen Mitbürger sie sind. Diese hören nur dann auf, wenn die Wohlfarth des Staats, in welchem der Fremde verweilt, es nothwendig macht. Was liegt aber dem Staate daran, in welchem der Fremde zufällig sich aufhält, wie und auf welche Art dieser letztwillig über sein Vermögen testirt? Erheischt es nicht vielmehr die Wohlfarth aller Staaten zu verhüten, daß ihre Bürger, bei einem zufälligen Aufenthalte im Auslande, gegen die Vorschrift der Gesetze ihres Heimathlandes nicht testiren? *)

Es ist **nicht natürliche Verbindlichkeit**, den Willen eines Verstorbenen erfüllen, am wenigsten Verbindlichkeit des Staats, die festgesetzte Erbfolgeordnung

---

*) *Vattel* droit des gens L. II. c. 8. §. 3. *Hartleben* medit. ad Leyser. Spec. IX. Med. 7. *Sammet* in Opusc. pag. 243.

von ihm abändern zu lassen. Wenn er aber dem einzelnen Bürger dies gestattet, und ihm so eine Handlung wirklich gesetzgebender Macht erlaubt (ein Testament zu machen gehörte in Rom unter die publiken Rechte eines Bürgers), so bindet er diese Erlaubniß an eine Form, und wird diese vernachläßigt, so wird auch die gesetzliche Erbfolge durch solch eine letztwillige Verfügung nicht geändert. Sind nun Gesetze der Erbfolge ohne Testament in dem Lande, wo ein Mann wohnt, und in dem, wo er Güter hat, verschieden; so wird sein Nachlaß dort nach dem dortigen Gesetz, seine Güter hier nach dem hiesigen Gesetz vererbt. Daher auch, wenn die Form des Testaments als die Bedingung seiner Gültigkeit, den Gesetzen beider Länder genügt, so wird es auch in beiden Ländern in Kraft treten. Aber wenn es den Gesetzen dieses Landes hier nicht genügt, wo wäre der Grund, der dieses Landes Gesetzgeber verpflichtete, die von ihm gesetzlich geordnete Erbfolge abändern zu lassen, durch Verfügungen, welche seine vorgeschriebene Form nicht haben, welche also den Bedingungen nicht genügen, unter welchen er die Abänderung gesetzlicher Vererbung erlaubt hat? Und so, glaube ich, könne der Testamente Form nie nach dem Gesetze des Orts, wo sie gemacht waren, sondern nach denen, wo sie wirken sollen, beurtheilt werden. Und wie vollends, wenn unser Bürger im Auslande nach dortiger, bei uns unzuläßiger Form testirt? Unstreitig ist das ohne Kraft, wenn gleich ein dort gerichtlich niedergelegtes Testament auch bei uns als ein gerichtliches gilt *).

---

*) M. s. Schmalz europäisches Völkerrecht, B. IV. Absch. 3. S. 152. Ich kann daher den Grundsatz Hartlebens

Der Art. 999 des franz. G. B. harmonirt also völlig mit den völkerrechtlichen Grundsätzen, ja er geht darin noch weiter, indem er durch einen autentischen Act nach denen im Auslande, wo er verfaßt wird, gebräuchlichen Formen zu testiren gestattet. Ich finde jedoch nirgends einen zureichenden Beweggrund, um von obigen allgemeinen Grundsätzen abzuweichen, die ich im §. 51 des Ed. Entw. ausspreche.

Vierter Abschnitt.

Von dem Pflichttheil und der Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil.

§. 51.

Wem gebührt der Pflichttheil?

Es hängt der Regel nach von der Willkühr des Testators ab, wen er zum Erben einsetzen will. Doch giebt es nach dem neuen römischen Recht gewisse Personen, die er ohne rechtmäßige Ursache nicht ganz von der Erb-

---

a. a. O. nicht unterschreiben, der dem Fremden über die ins Ausland mitgebrachten Mobilien nach den Gesetzen des Ortes, wo er sich aufhält, zu testiren gestattet, indem er Capitalbriefe bei sich haben kann, die den Hauptbestandtheil seines Vermögens ausmachen, also nach meinen Th. I. §. 66. angegebenen Grundsätzen zum unbeweglichen Gut gehören, und wenn er auch solche an Personen in seinem Wohnorte nicht vermacht, dennoch von dort eingegangenen Rechten und Verbindlichkeiten die Rede seyn kann. Es ist daher kein Grund zu einer Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz.

schaft ausschließen darf, und denen er, im Fall eine rechtmäßige Enterbungsursache nicht vorhanden ist, einen gewissen Theil seines Vermögens, der Pflichttheil genannt, hinterlassen muß, worauf er über den übrigen Theil seines Vermögens disponiren kann, wie er will *).

Alle Gesetzgebungen haben diesen Grundsatz des römischen Rechts, und zum Theil auch in Ansehung der Personen adoptirt, denen hiernach der Pflichttheil hinterlassen werden muß.

Diese Personen sind:

1) die Descendenten des Erblassers, also Kinder, Enkel, Urenkel, jedoch nur in sofern sie ihn ab intestato beerbt haben würden, mithin nicht die natürlichen Kinder, wenn der Vater eheliche Kinder hinterlassen hat. In Ermangelung derselben

2) die Ascendenten des Erblassers, also Eltern und alle Großeltern, unter der nämlichen Voraussetzung ihrer Erbfähigkeit, mithin nicht die Wahleltern in das Vermögen der Wahlkinder, und nach römischem Recht

3) die vollbürtigen Geschwister und die halbbürtigen vom Vater her (germani et consanguinei), jedoch nur dann, wenn der Testator die Absicht haben sollte, eine unehrbare Person zum Erben einzusetzen. Die Halbge-

---

*) Aus der Tendenz, die Familie als die sittliche Grundlage des Staats und dadurch diesen selbst zu erhalten, läßt es sich erklären, warum nach attischem Recht ein Vater, im Fall er Söhne hinterließ, über das nicht ihm, sondern der Familie zuständige und zu ihrer Erhaltung bestimmte Vermögen in einem Testamente nicht verfügen durfte. Platner in den Heidelb. Jahrb. 7ter Jahrg. S. 1172. Von einem Pflichttheile konnte also hier die Rede nicht seyn.

schwister von der Mutter her (uterini) haben jedoch kein Recht auf den Pflichttheil. Dagegen kann man

4) die dürftige Wittwe des verstorbenen reichen Ehemannes hierher rechnen, pr. §. 1. I. 2, 13. const. 27. c. 3, 28.

Zu 1) ist nach dem gemeinen Recht der Soldat an diese Regel nicht gebunden, der §. 6 Inst. 2, 13. dispensirt ihn davon in den Worten:

sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere constitutionibus principum cautum est.

Daß ein Gesetz die Rohheit und Wildheit der römischen Soldaten so auffallend begünstigte, muß Verwunderung erregen. Der Soldat im Felde soll und muß nicht vergessen, daß er Familienvater ist, er muß, wie jeder Staatsbürger, der er ist und bleibt, seinen Kindern ein Erbtheil hinterlassen, und kann sie ohne gesetzliche Ursachen nicht enterben.

Zu 2) ist diese Regel allen Gesetzbüchern gemein. Den Eltern gestehe ich zwar nur den Niesbrauch an dem Vermögen ihrer Kinder zu, wenn diese ohne Testament versterben und Geschwister hinterlassen; ich überlasse nur in dem Fall, wenn die letzteren nicht existiren, das Eigenthum des Nachlasses den überlebenden Eltern. Will daher ein Kind in ein oder dem anderen Falle entweder den Niesbrauch oder das Eigenthum am Vermögen den Eltern entziehen; so muß es, eingedenk dieser gesetzlichen Vorschrift, wenigstens einen Theil seines Vermögens aus eben den Gründen seinen Eltern frei hinter-

lassen, aus welchen ihnen bei der Intestaterbfolge die Nutznießung oder nach Umständen das Eigenthum des Vermögens zugestanden worden ist.

Ich habe oben gesagt, daß nur in Ermangelung von Descendenten den Eltern ein Pflichttheil gebührt; hinterläßt jedoch das Kind nur uneheliche Nachkömmlinge; so gebührt den Eltern aus denen im §. 9 oben zu 2 angeführten Gründen dennoch der Pflichttheil, da ein uneheliches Kind nicht gleiche Rechte mit den ehelichen genießt. (Ed. Entw. §. 53 b.)

Zu 3) hat es oft zu Streitigkeiten die Veranlassung gegeben, was unter einer unehrbaren Person (persona turpis) zu verstehen sey. Es ist indessen nicht problematisch, daß die Freudenmädchen darunter gemeint sind. fr. 11. D. 4, 3. Gestützt auf unsere Statutarrechte, die eines solchen hypothetischen Pflichttheils gar nicht erwähnen, und das preuß. L. R. Th. 2. Tit. 3. §. 32. 33, das ihn den Geschwistern abspricht, und da ohnehin der Fall selten vorkommt, daß nicht eine ehrbare Person zum Erben eingesetzt worden ist, wo dann die Geschwister ohnehin leer ausgehen, abstrahire ich mit dem österr. G. B. ganz davon; denn wenn auch vollbürtige Geschwister durch die Banden des Bluts, und halbbürtige mit ihnen durch das Familienband vereinigt sind, so folgt daraus doch noch nicht, daß sie über ihren ganzen Nachlaß nicht frei sollten disponiren können, indem die vermuthete Zuneigung für die Geschwister durch andere Verhältnisse gestört worden seyn kann, überdies der Beweggrund, der den Gesetzgeber zur Anordnung des Pflichttheils veranlassen kann (s. §. 53 unten), bei den Geschwistern keine Anwendung findet.

Zu 4) wird dieser Pflichttheil in den Dispositionen

des Solmsischen L. R. seine Erledigung finden. Also nur den Kindern, und in deren Ermangelung, oder wenn von diesen nur allein uneheliche Nachkommen vorhanden sind, den Eltern gebührt der Pflichttheil. Unter dem Namen der Kinder werden, wie ich bei der Intestaterbfolge bereits bemerkte, auch Enkel und Urenkel, und unter dem Namen Eltern alle Großeltern begriffen. Es findet hier zwischen dem männlichen und weiblichen Geschlecht, zwischen ehelicher und unehelicher Geburt kein Unterschied statt, sobald für diese Personen das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde.

§. 52.

Betrag.

Der römische Betrag des Pflichttheils ist, wenn vier oder weniger Berechtigte vorhanden sind, ein Drittheil der Intestatportion, sind mehr als vier vorhanden; so besteht derselbe in der Hälfte jener Portion. Eben so verhält es sich bei den Ascendenten. Nov. 18. cap. 1. Unsere Landesstatuten stimmen damit überein, nur bestimmt das Mainzer L. R. Tit. 9. §. 9. den Pflichttheil der Ascendenten ausdrücklich auf den dritten Theil der Intestatportion.

Das preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 392 weicht davon ab, hiernach besteht der Pflichttheil, wenn ein oder zwei Kinder vorhanden sind, aus einem Drittheile, wenn deren drei oder vier vorhanden sind, aus der Hälfte, und wenn mehr als vier sind, aus zwei Drittheilen der Intestatportion.

Ascendenten erhalten die Hälfte dieser Portion a. a. O. §. 502. Der franz. Civilcoder verordnet Art. 913,

daß die Freigebigkeiten durch Acte unter Lebenden, oder durch Testament die Hälfte von dem Vermögen des Verfügenden nicht übersteigen dürften, wenn er bei seinem Absterben nur ein rechtmäßiges Kind hinterlasse, nicht das Drittheil wenn er zwei, und nicht das Viertheil wenn er drei oder eine größere Anzahl von Kindern hinterläßt. Hiernach ist also bei einem Kinde der Pflichttheil die Hälfte, bei zwei Kindern zwei Drittheile, und bei drei und mehrern Kindern drei Viertheile der Intestatportion.

In Ansehung des den Ascendenten gebührenden Pflichttheils wird Art. 915 bestimmt, daß die Freigebigkeiten durch Act zwischen Lebenden, oder durch Testamente die Hälfte des Vermögens nicht übersteigen könnten, wenn der Verstorbene, in Ermangelung von Kindern, einen oder mehrere Ascendenten in der väterlichen und mütterlichen Linie hinterlasse, und nicht die drei Viertheile, wenn er nur in einer Linie Ascendenten hinterläßt. Sind also in beiden Linien, der väterlichen und mütterlichen, Ascendenten vorhanden; so ist ihr Pflichttheil die Hälfte, und wenn nur in einer Linie Ascendenten vorhanden sind, ein Viertheil für sie zusammen.

Das österr. G. B. §. 765, 766 bestimmt dagegen jedem Kinde, ohne Unterschied ob deren viele oder wenige sind, zum Pflichttheil die Hälfte der Intestatportion, und in der aufsteigenden Linie jedem Notherben ein Drittheil dieser Portion. Welcher Maßstab ist nun der richtigste? Das ist das zu lösende Problem.

§. 53.

Der durch die Gesetzgebung eingeführte, im Naturrecht nicht gegründete Pflichttheil *) beruht auf zwei Beweggründen; der erste, um die Väter in den Stand zu setzen, die Ungleichheiten zu heben, welche die Natur oder das Glück unter den Kindern verursacht haben möchte, und zweitens um Strafen und Belohnungen in ihre Hände zu legen, durch welche in den Familien Gehorsam und Ruhe erhalten wird, wovon die Ruhe des Staats abhängt. Vom Zufall, ob der Vater viele oder wenige Kinder erzeugt hat, kann aber das Quantum des Pflichttheils um deswillen nicht abhängig seyn, weil es an einem Fundament fehlt, um die Kinder unter diesem Zufall leiden zu lassen; denn wenn mir auf die Frage: warum nach dem preuß. L. R. bei zwei Kindern ein Drittheil, bei fünf aber zwei Drittheile bestimmt worden wären? geantwortet wird: es müsse in Bestimmung des Quantums nach der Zahl der Kinder so viel möglich Gleichheit beobachtet werden; so kommt diese Gleichheit nicht heraus; denn angenommen die Erbschaft zu 4000 fl. so beträgt bei zwei Kindern der Pflichttheil zu einem Drittheil für jedes 666 fl. 30 kr., bei fünf aber zwei Drittheile 533 fl. 12 kr., mithin 133 fl. 18 kr. weniger, als bei zwei Kindern.

Gar auffallend ist die Disposition des franz. Rechts. Hiernach erhält von einem Nachlasse von 4000 Gulden,

---

*) Das Naturrecht verpflichtet zwar nur den Vater, seine Kinder zu ernähren und zu erziehen; dagegen gebührt das, was er, ohne darüber verfügt zu haben, bei seinem Tode hinterläßt, seinen Kindern.

ein Kind zum Pflichttheil 2000 fl., zwei zusammen 2667 fl.; wenn aber drei oder mehr Kinder vorhanden sind, so beträgt der Pflichttheil 3000 fl. für sie zusammen. Eben so fehlt es dem römischen Recht an einem zureichenden Grunde, warum bei fünf Kindern die Hälfte, bei vier Kindern aber ein Drittheil angenommen werden soll, und wenn ihrer sechs vorhanden sind, diese nicht mehr erhalten sollen, als wenn ihrer nur vier sind? dann wiederum die Erbschaft zu 4000 fl. angenommen, so ist bei fünf Kindern der Pflichttheil 400 fl., bei vier Kindern aber nur 333 fl. 20 kr. Gewiß eine auffallende Ungleichheit in Bestimmung des Quantums.

Ueberall muß das Gesetz eine Gleichheit beobachten, und so wenig als möglich vom Zufall abhängig machen. Von diesem Grundsatz ausgehend gefällt mir (so schwer es auch ist hier einen richtigen Maßstab aufzufinden) die Disposition des österr. Rechts, das jedem Kinde, ohne Unterschied, ob deren viel oder wenige sind, die Hälfte, jedem Notherben in der aufsteigenden Linie aber ein Drittheil der Intestatportion bestimmt. Denn den Pflichttheil als Strafe oder als Mittel zur Gleichstellung wegen zugeflossener Glücksgüter betrachtet, kann der Gesetzgeber nicht präsumiren, der Vater habe den Kindern weniger als die Hälfte dessen, was ihnen nach der gesetzlichen Erbfolge gebührt hätte, zuwenden wollen, und wenn für Ascendenten nur ein Drittheil, mithin weniger als bei den Descendenten angenommen wird; so ist dies nicht nur ein genügendes Surrogat für den Niesbrauch, der nach der Intestaterbfolge den Eltern in der zweiten Linie am Vermögen eines vorverstorbenen Kindes gebührt, sondern man kann auch der Vermuthung Raum geben, daß Eltern, Großeltern nach

Verhältniß ihren Lebensunterhalt sich längst verschafft haben, mithin nicht so viel, als die Kinder bedürfen. (Ed. Entw. §. 55—57.)

§. 54.

Wer auf das Erbrecht gültig Verzicht geleistet hat, wer nach dem §. 8 des Edictalentwurfs über die Intestaterbfolge von dem Erbrechte ausgeschlossen oder von dem Erblasser rechtmäßig enterbt worden ist, hat auf einen Pflichttheil keinen Anspruch, eben so wenig Kinder noch lebender Eltern. (Mainzer L. R. Tit. 10. §. 12.) Diese Sätze sind gemeinrechtlich, gründen sich zum Theil auf das nassauische Privatrecht, und bedürfen keines Commentars. Geben aber die Eltern bei ihren Lebzeiten auf Verlangen einem Kinde freiwillig den Pflichttheil aus ihrem ganzen Vermögen; so verordnet in diesem Falle das Mainzer L. R. Tit. 9. §. 5 sehr zweckmäßig, daß, wenn nachher das Vermögen der Eltern sich vermehrte, das abgefundene Kind an dieser Vermehrung keinen Theil nehmen, dagegen aber auch, wenn die Erbschaft oder das Vermögen vermindert werden sollte, von dem Empfangenen nichts herauszugeben schuldig seyn solle. (Ed. Entw. §. 58.)

§. 55.

Enterbungsursachen.

Ich sage, wer rechtmäßig enterbt worden ist, hat auf den Pflichttheil keinen Anspruch zu machen. Dies führt von selbst auf die wichtige Lehre von der Enterbung. Nach römischem Recht findet 1) die Enterbung nur bei Notherben statt, außer diesen haben andere Personen keinen Anspruch auf einen Pflichttheil. 2) Der

im Verhältniß gegen die übrigen in einen geringeren Theil eingesetzte Erbe ist nicht enterbt. 3) Die Enterbung kann nur in einem Testamente, nicht in einem Codizill geschehen. §. 2. I. 2, 25. 4) Sie muß mit ausdrücklichen Worten und unbedingt geschehen, und erfordert 5) nach Nov. 115 eine rechtmäßige Ursache, die zugleich ausdrücklich angegeben werden muß. 6) Die Mutter kann ihre Kinder, und die Kinder können ihre Mutter präteriren, wenn eine rechtmäßige Ursache vorhanden und angegeben worden ist. §. 3. 7. I. 2. 13. Wer auf diese Weise nicht förmlich enterbt und auch nicht institutirt ist, der ist präterirt. §. 12. I. 31.

§. 55.

Kinder können von ihren Eltern nach gemeinem Recht aus vierzehn verschiedenen Ursachen enterbt, oder da, wo es erlaubt ist, präterirt werden; sie sind bekannt und hier anzuführen überflüssig. Manche gründen sich blos auf römische Sitten und Gebräuche. Unsre Landrechte übergehen die Enterbungsursachen mit Stillschweigen, gründen sich also auf das gemeine Recht. Das preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 399. 409. bestimmt neun Ursachen, warum Kinder von den Eltern enterbt werden können. 1) Wegen des Verbrechens des Hochverraths, oder der beleidigten Majestät gegen das Oberhaupt des Staats. 2) Wenn das Kind einem der leiblichen oder Stiefeltern nach dem Leben getrachtet. 3) Wenn es gegen besseres Wissen eines der leiblichen Eltern wegen eines Verbrechens, worauf eine höhere als Geld- oder Gefängnißstrafe gesetzt ist, fälschlich angeklagt hat. 4) Wenn es sich an den leiblichen Eltern thätlich vergriffen hat, den Fall der wirklichen Nothwehr ausgenommen. 5) Wenn

es die Ehre des Erblassers mit groben Schmähungen angetastet hat. (Bei diesen hier angeführten Beleidigungen ist nach §. 404 kein Unterschied, ob sie den Eltern von den Kindern unmittelbar, oder durch andere zugefügt worden sind.) 6) Wenn Kinder mit dem andern Theile der leiblichen oder Stiefeltern blutschänderischen oder ehebrecherischen Umgang gepflogen haben. 7) Wenn das Kind durch grobe Verbrechen dem Erblasser einen beträchtlichen Theil seines Vermögens entzogen hat. (Hier muß der Betrag den Pflichttheil erreichen. §. 407.) 8) Wenn das Kind den nothleidenden Erblasser nicht unterstützen wollte. 9) Wenn es bei erhaltener ehrbarer Erziehung durch grobe Laster, schändliche Aufführung, oder durch niederträchtige Lebensart bei seinen Standesgenossen sich öffentlich entehrt hat.

Der franz. Civilcodex übergeht ganz die Ursachen der Enterbung, wahrscheinlich weil die Redacteurs des Codex civil die Moralität in Frankreich auf einen hohen Standpunct gestellt zu seyn wähnen, wovon aber das Gesetzbuch selbst den directen Gegenbeweis liefert, daher auch Malleville B. II. S. 510 zum Art. 1078 bemerkt: »daß diese Vergessenheit gar nicht zu entschul»digen sey.« Das Gesetz verfügt nur, daß, wenn die Theilung der Ascendenten nicht unter allen lebenden Kindern geschehen sey, dieselbe ungültig seyn solle, und von den Kindern oder Abkömmlingen, die keinen Antheil erhalten hätten, eine neue Theilung in gesetzlicher Form verlangt werden könne.

Ich fühle mich zur Censur der angezeigten Omission im Gesetzbuche nicht berufen, und gebe es, um auf das preuß. L. R. zurück zu kommen, gern zu, daß beim Land-

voll selbst thätliche Injurien der Kinder gegen die Eltern von letzteren oft verziehen werden, und daher diese als Enterbungsursachen anzuführen nicht nöthig ist.

Ich übergehe ferner den Fall der Unzucht mit einem der leiblichen oder Stiefeltern, da er bei ersteren der Natur zuwider, und bei letzteren, wenn gleich nicht unmöglich, doch unwahrscheinlich ist. Eben so übergehe ich den Fall einer gegen besseres Wissen geschehenen falschen Anklage eines Verbrechens der leiblichen Eltern bei Gericht, auf welches eine härtere als Geld- oder bürgerliche Gefängnißstrafe gesetzt ist, weil eine so crasse That wohl dem Character des Franz Moor in Schillers Räubern, dem gewöhnlichen Menschen aber, wenn er auch alles kindliche Gefühl verloren hat, nicht eigen seyn kann. Allein die Fälle, wenn ein Kind 1) den leiblichen Eltern erweislich nach dem Leben getrachtet, oder 2) wenn es durch begangenes Verbrechen dem Erblasser einen den Betrag des Pflichttheils erreichenden Theil seines Vermögens entzogen, und 3) wenn es den Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen oder ihn daran gehindert hat, scheinen offenbar unter die Enterbungsursachen zu gehören; da ich aber zu 1) und 2) in dem Ed. Entw. über die Intestaterbfolge, bei der Lehre von der Erbfähigkeit §. 6, den Grundsatz ausgesprochen habe, daß derjenige von dem Erbrecht ausgeschlossen seyn solle, der den Erblasser, dessen Kinder, Eltern oder Gatten aus bösem Vorsatz an Ehre, Leib oder Vermögen auf solche Art verletzt oder zu verletzen gesucht habe, daß gegen ihn von Amtswegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden könne, und da der Fall zu 3) ebenfalls unter die Ursachen der Unfähigkeit zu erben in erwähntem §. 6

ausdrücklich aufgenommen worden ist; so findet kein Klagrecht statt, wenn die gesetzliche Erbunfähigkeit als Enterbungsursache angeführt wird; indessen dient es zur Deutlichkeit, wenn am Ende auf die Erbunfähigkeitsursachen als gegründete Enterbungsursachen im Allgemeinen hingewiesen wird. (Ed. Entw. §. 63.) Mit Ausnahme des im österr. G. B. benannten ersten Falls, wenn ein Kind vom Christenthum abfällt *), der bei uns nicht vorkommen wird, wenn gleich im Jahr 1799 Franzosen in Egypten sich beschneiden ließen, belasse ich es bei folgenden drei darin bestimmten Enterbungsursachen, wenn das Kind

*) Wenn der Reichshofrath den rechtlichen Grundsatz annahm, daß niemand von der gesetzmäßigen Reihe der Erbfolge wegen der Religionsveränderung durch väterliche Disposition oder sonst ausgeschlossen werden dürfe, weil es im Religionsfrieden von 1555, §. 25, und im Westph. Fr. Art. V. §. 35 heiße: nullibi ob religionem despicatui habeantur, nec ab hereditatibus arceantur, sed pari cum concivibus jure habeantur aequali justitia tuti; so bezieht sich dies freilich nur auf die drei christlichen Religionen, nicht auf das Judenthum. Da aber derjenige, der zu dieser Religionssecte übergeht, schon ein jus radicatum oder quaesitum auf die Erbfolge dem Geblüte nach erlangt hat; so kann ihm dies wegen eines freilich sonderbaren Religionsübergangs zum Judenthum nicht entzogen werden. M. s. wegen des obigen Grundsatzes den Reichshofrath in Justiz-, Gnaden- und anderen Sachen mit Fällen, Präjudicien und Rechtsbemerkungen No. LXXXIV. S. 368. Augsburg 1791. Nur in den Reichen, wo der Judaismus verboten ist, wie in Spanien und Portugall, wird er für ein crimen ecclesiasticum gehalten. Böhmer I. E. P. lib. V. Tit. 6. §. 73.

1) den Erblasser im Nothstande hülflos gelassen hat,

2) wenn es wegen eines Verbrechens zu einer zwanzigjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt worden ist,

3) wenn es eine gegen die öffentliche Sicherheit anstoßende Lebensart beharrlich führt.

Zu 1) ist vorauszusetzen, daß dem Kinde die Mittel zu Gebot gestanden haben müssen, um den in Nothstand versetzten Eltern beizustehen.

Zu 2) Bedarf keiner Erläuterung.

Zu 3) unterstelle ich den Fall, daß ein Kind zu einer Räuber- oder Zigeunerbande sich begiebt und beharrlich damit herumzieht.

Ich bin der Meinung, daß durch die angeführten drei Enterbungsursachen dem höchsten Grade von Immoralität vorgebogen, Sittlichkeit und Achtung für die Eltern eingeprägt und erhalten wird.

§. 57.

II. Eltern und Großeltern können nach gemeinem Recht aus folgenden Ursachen enterbt oder präterirt werden: 1) wenn sie die Kinder eines die Todesstrafe beurkundenden Verbrechens anklagten, 2) wenn sie ihnen nach dem Leben strebten, 3) wenn der Vater die Schwiegertochter oder Sohnes Concubine beschläft, 4) wenn die Eltern sie zu testiren verhindern, 5) wenn sie die Kinder nicht aus feindlicher Gefangenschaft ranzioniren, 6) sich der blödsinnigen Kinder nicht annehmen, 7) Ketzer werden, wenn der Vater der Mutter Gift giebt, wodurch sie das Leben oder den Verstand verliert. Nov. 115. c. 4. Im preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 506—513. sind die Enterbungsursachen der Ascendenten die näm-

lichen, die ich §. 56 unter Nr. 1. 2. 3. 6. und 8. anzeigte, und §. 508, wenn sie durch üble Behandlung der Gesundheit des Erblassers einen erheblichen und dauernden Schaden boshafterweise zugefügt haben, auch §. 512 wenn der Enterbte bei der körperlichen oder sittlichen Erziehung des Enterbenden die nach den Gesetzen ihm obliegenden Pflichten gröblich verletzt hat.

Das österr. G. B. nimmt §. 769 zur Enterbung der Eltern die nämlichen Ursachen an, die es bei der Enterbung der Kinder angegeben hat, welchen es noch die der ganz verwahrloseten Erziehung hinzufügt.

Allerdings können diese Ursachen die nämlichen seyn, die ich oben bei den Kindern in Vorschlag brachte; allein sehr gerecht scheinen mir die so eben angezeigten, aus den §§. 508 und 512 des preuß. L. R. ausgehobenen Enterbungsursachen zu seyn, die ich als Warnung für boshafte, leichtsinnige und immoralische Eltern ausdrücklich beizufügen für sehr zweckmäßig halte. (Ed. Entw. §. 59—61.)

§. 58.

Die Enterbung oder Schmälerung des Pflichttheils muß im Testament bestimmt ausgedrückt werden, dies ist dem §. 2. I. 2, 25, und dem preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 331 angemessen. Die Ursache der Enterbung anzuführen gebietet Nov. 115, ob es gleich an römischen Rechtslehrern nicht fehlt, die das Gegentheil behaupten *), warum soll es aber nicht vom Testator abhängen, sie anzuführen oder nicht, da sie im Contestationsfall immer eines Beweises bedarf?

*) *Walch* introd. in controv. jur. civ. pag. 213.

Die Enterbung besteht so lange, als der Erblasser das Testament durch eine andere gültige letzte Willens-Anordnung nicht widerrufen hat. Oesterr. G. B. §. 772. Preuß. L. R. a. a. O. §. 414. Eine bloße Versöhnung mit dem Enterbten genügt dazu nicht, weil ihm der Erblasser seinen Fehltritt persönlich verzeihen kann, ihn aber dennoch zu seiner Besserung deshalb nach dem Gesetze behandeln will. Bestreitet der Enterbte die Rechtmäßigkeit der Enterbungsursache, sie mag vom Erblasser angeführt worden seyn, oder nicht; so muß sie der Erbe, der im Sinne des Erblassers handelt und den Vortheil ziehen will, erweisen. Oesterr. G. B. §. 771.

§. 59.

Art den Pflichttheil zu hinterlassen.

Der Pflichttheil kann (so wie es nach der const. 30. pr. C. 3, 28 geschehen konnte) in Gestalt eines Erbtheils oder Vermächtnisses auch ohne ausdrückliche Benennung des Pflichttheils hinterlassen werden; ihn titulo honorabili institutionis hinterlassen zu müssen, gehört zu den Subtilitäten des neueren römischen Rechts. Nov. 115. c. 3 u. 5; er muß aber dem Notherben ganz frei bleiben, jede denselben beschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig. Dies Alles ist gemeinrechtlich. Zu einer einschränkenden Verfügung über den Pflichttheil ist aber der Erblasser alsdann befugt, wenn der Notherbe nach dem Austritt aus der väterlichen Gewalt oder nach unternommenem Gewerbe dergestalt in Schulden versunken ist, daß dadurch sein Pflichttheil ganz oder doch so weit, daß ihm davon der nöthige Unterhalt nicht übrig bliebe, verzehrt werden würde. Diese Disposition scheint mir, um dem Staat

keinen Bettler aufzuladen, durchaus nothwendig zu seyn. Die Eltern müssen die Befugniß haben, einem falsch speculirenden und verschwenderischen Kinde seinen Lebensunterhalt zu sichern, es geschehe dies durch Substitution, fideicommissarische Anordnung, oder auf sonst zu Recht bestehende Weise. Auf den dem Kinde alsdann verbleibenden Nießbrauch vom Pflichttheil können dessen Gläubiger nur in sofern Anspruch machen, als er zum nöthigen Unterhalte des Kindes nicht erforderlich ist. Sowohl das preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 419 und 429, als auch das österr. G. B. §. 773 haben diesen Grundsatz ausgesprochen, nur modificirt ihn letzteres dahin, daß, wenn bei einem sehr verschuldeten Notherben die wahrscheinliche Besorgniß obwalte, daß der ihm gebührende Pflichttheil ganz oder größtentheils seinen Kindern entgehen würde, ihm derselbe jedoch nur dergestalt entzogen werden könne, daß solcher den Kindern des Notherben zugewendet werde.

Der Notherbe mag Kinder haben oder nicht; so ist für seine persönliche Armuth, oder die seiner Kinder, Vorsorge zu treffen. Dies geschieht durch den Gesetzesvorschlag:

»daß der Erblasser zum Besten der Kinder eines ver»schwenderischen Notherben, der in Schulden derma»ßen versunken ist, daß dadurch sein Pflichttheil ganz »oder doch so weit, daß ihm davon der nöthige Un»terhalt nicht übrig bliebe, verzehrt werden würde, »eine einschränkende Verfügung zu treffen befugt sey.« (Ed. Entw. §. 64.)

Dem Notherben in einem solchen Falle nach dem österr. Recht den Nießbrauch ganz zu entziehen und ihn seinen Kindern zuzuwenden, dazu halte ich mit dem preuß. L. R.

a. a. O. §. 405 den Erblasser nicht befugt; meiner Einsicht nach genügt hier die Einschränkungsbefugniß.

§. 60.

Rechtsmittel des Notherben.

Ich setze als Grundsatz fest, daß der Notherbe, der ohne eine gesetzlich begründete Ursache enterbt worden ist, nur den ihm gebührenden vollen Pflichttheil, und wenn er in dem reinen Betrage des Pflichttheils verkürzt worden ist, die Ergänzung desselben fordern kann. Im ersten Falle zweckt die römische querela inofficiosi testamenti zur Rescission des Testaments und auf Zulassung zur gesetzlichen Erbfolge; die condictio ex lege ad supplendam legitimam oder die actio expletoria aber zu letzterem ab. Beide Rechtsmittel gebühren dem Notherben in ein oder dem anderen Falle, und das letztere selbst dann, wenn er das Testament anerkannt haben sollte. const. 35. §. 2. C. 3, 28. Ein im letzten Willen mit Stillschweigen übergangener Notherbe kann nach römischem Recht das Testament mit der Nichtigkeitsklage (querela nullitatis) anfechten; es tritt alsdann bei ihm die gesetzliche Erbfolge ein. Ein Gleiches will das Mainzer Landrecht Tit. 9. §. 4. Nach dem preuß. L. R. Th. 2. Tit 2. §. 432. 433. und dem österr. G. B. §. 776 kann er in diesem Falle nur den Pflichttheil fordern. Es ist allerdings nicht zu vermuthen, daß ein Vater sein Kind, oder das Kind seinen Vater ohne gegründete Ursache bei der Theilung seines Nachlasses im Testament vergessen haben sollte, eine solche Unbesonnenheit ist ganz undenkbar. Da nun dafür die Vermuthung nicht streitet; so hat der Testator, indem er den Notherben aus einer verborgenen, vielleicht zu seiner Schonung nicht ent-

deckten Ursache überging, ihm gewiß nichts mehr als seinen Pflichttheil hinterlassen wollen. Nur darauf hat er also gerechten Anspruch zu machen, und da es die Pflicht des Gesetzgebers ist, den letzten Willen des Testators so viel möglich aufrecht zu erhalten; so kann die Uebergehung eines unter mehreren Notherben, er mag Descendent oder Ascendent seyn, das Testament nicht vernichten, sondern der Uebergangene ist nur den Pflichttheil zu fordern berechtigt.

Es ist aber hierbei vor allen Dingen zu berücksichtigen, ob der Uebergangene ein Notherbe der absteigenden oder der aufsteigenden Linie sey. Bei einem Notherben der absteigenden Linie kommt es darauf an: ob der Erblasser ihn wissentlich oder unwissentlich enterbt habe? d. i. ob ihm das Daseyn des übergangenen Kindes bekannt war oder nicht? Hat er es unter mehreren Kindern wissentlich übergangen; so hält es der österr. Codex, ich glaube mit Recht, für eine Enterbung, und dafür ist es ebenfalls zu halten, wenn der Erblasser nur ein einziges Kind wissentlich übergangen hat. Kann dagegen aus den Umständen erwiesen werden, daß der Erblasser das Kind unwissentlich übergangen hat, weil er es für todt hielt; so befand er sich in einem Irrthum, der das Kind zu einem gleichen Erbtheil mit den übrigen Kindern, oder wenigstens mit dem am wenigsten begünstigten bei der Erbtheilung gleichgesetzt zu werden berechtigt, und wenn der Uebergangene das einzige Kind ist, das Testament ungültig macht, in welchem Falle die ganze Erbschaft, mit Ausschluß der eingesetzten Erben und der Legatare, dem einzigen Kinde zufällt, wobei jedoch das, auch im römischen Recht begünstigte Legat der Alimente, oder zu frommen

Zwecken, oder zur Belohnung geleisteter Dienste, oder zu öffentlichen Anstalten eine Ausnahme macht, weil mit Recht vermuthet wird, daß es der Erblasser auch mit diesen Legaten beschwert haben würde, wofern der Betrag dieser Legate den vierten Theil der ganzen Verlassenschaft nicht übersteigt. Ueberstiege er denselben; so wäre verhältnißmäßig an den Legaten so viel abzuziehen, daß nicht mehr als der vierte Theil für die Abführung der erwähnten Legate übrig bleibt. Erhält der kinderlose Erblasser erst nach der Erklärung seines letzten Willens einen Notherben, für den er keine Vorsehung getroffen hat; so finden die obigen Grundsätze ebenfalls ihre Anwendung; denn konnte er vor seinem Tode die Geburt eines Kindes vorhersehen; so ist es wissentlich übergangen, mithin enterbt, und es fordert seinen Pflichttheil. Konnte er sie nicht vorhersehen; so war er im Irrthum, und das Testament verliert auch nach const. 3. C. 3, 28 seine Kraft. Dies stimmt mit dem preuß. L. R. §. 444—449 überein, jedoch soll nach §. 454, wenn der Erblasser wegen eines nach errichtetem Testamente gebornen Kindes nach Ablauf eines Jahrs nichts verfügt (mithin dasselbe wissentlich enterbt hat), das Testament seine Kraft verlieren. Allein da verborgene Gründe den Erblasser zu dieser Uebergehung bestimmt haben können; so kann ich der preußischen Sanction nicht beipflichten, und halte mit dem §. 776 des österr. G. B. den übergangenen Notherben nur zum Genuß des Pflichttheils berechtigt. Stirbt der aus Irrthum übergangene Notherbe vor dem Erblasser; so ist es so gut, als hätte er gar nicht existirt, und es erlangt die letzte Willensanordnung wieder ihre Kraft, da sie blos zu Gunsten des Notherben entkräftet war. (Ed. Entw. §. 68. 69.)

§. 92.

Die in der letzten Willensanordnung mit Stillschweigen übergangenen Abstämmlinge eines vor dem Erblasser gestorbenen Kindes treten in Ansehung des Erbrechts an die Stelle des Kindes, so wie ihnen auch nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung derjenige Erbtheil zufällt, den das Kind bekommen hätte, wenn es noch am Leben wäre; sie haben also entweder auf den Pflichttheil, oder auf einen mit den übrigen Kindern des Erblassers, oder mit dem am wenigsten begünstigten Kinde desselben gleichen Theil, oder auf die ganze Erbschaft Anspruch.

So wie aber die Abstämmlinge eines in dem letzten Willen ausdrücklich und gültig enterbten, aber nach dem Erblasser verstorbenen Kindes keinen Anspruch auf ein Erbtheil haben, weil das enterbte Kind kein Erbrecht hatte, folglich auch kein Erbrecht auf seine Abstämmlinge übertragen konnte; so sind sie hingegen in dem Falle, wenn das enterbte Kind vor dem Erblasser gestorben ist, befugt, den Pflichttheil, und nur blos diesen, zu fordern. Das römische Recht rumpirt in diesem Falle das Testament, und giebt der querela inofficiosi Statt. Die hier anzunehmende Präterition der Enkel ist aber einer illegalen Enterbung gleichzusetzen. Die Enkel fordern den Pflichttheil nicht aus dem Repräsentationsrechte, das ihnen nach dem Wortbegriffe auch in diesem Falle nicht zukommt, sondern aus ihrem eigenen Rechtsverhältnisse zu dem Erblasser, weil sie Notherben desselben durch den früheren Tod des Kindes geworden sind, und weil auch die Nachkommen eines Erbunwürdigen, wenn er vor dem Erblasser gestorben ist, von dem gesetzlichen Erbrechte nicht

ausgeschlossen werden. Diese, nach meiner Ueberzeugung nicht zu bestreitenden Grundsätze sind dem §. 780 des österr. G. B. angemessen. In dieser Hinsicht (fügt Prof. Scheidlein im Handbuch S. 288 hinzu) ist es überflüssig, den Abstämmlingen des enterbten Kindes das Recht einzuräumen, die Enterbung als widerrechtlich zu bestreiten, weil sie durch dieses Rechtsmittel doch nie mehr als den Pflichttheil erhalten würden, dieser ihnen aber in dem Falle des §. 780 auch dann, wenn die Enterbung rechtlich ist, gebührt. Wenn aber der Enterbte den Erblasser überlebt hat und widerrechtlich enterbt worden ist; so können, in der Voraussetzung, daß er auf sein Recht nicht Verzicht geleistet hat und dasselbe nicht verjährt worden ist, seine Nachkommen die Enterbung als widerrechtlich bestreiten, weil er das Recht hatte, sie zu bestreiten, und dies Recht auf seine Nachkommen übertrug. (Ed. Entw. §. 69, 70, 71.)

§. 62.

Was dem präterirten Descendenten Rechtens ist, muß auch dem mit Stillschweigen übergangenen Notherben der aufsteigenden Linie Rechtens seyn; er kann nur den Pflichttheil aus der Masse fordern. Nach dem römischen Recht würde das Testament in Ansehung der Erbeseinsetzung ungültig seyn und querela nullitatis statt finden. Höpfner Comment. §. 533. Es kann aber die Uebergehung einer Enterbung gleichgesetzt werden.

Ist der übergangene Ascendent vor dem Erblasser gestorben; so haben seine Abstämmlinge keinen Anspruch auf den Pflichttheil, weil sie Seitenverwandte des Erblassers sind. Ist er aber nach dem Erblasser gestorben;

so können seine Abstämmlinge unter eben den Rücksichten, wie jene eines Notherben der absteigenden Linie die Uebergehung als widerrechtlich bestreiten, und eben das gilt auch von der Enterbung. (Ed. Entw. §. 72.)

§. 63.

Kann der Erbe beweisen, daß ein wissentlich mit Stillschweigen übergangener Notherbe einer der oben angeführten Enterbungsursachen sich schuldig gemacht hat, wenn er also rechtlich hätte enterbt werden können; so wird die Uebergehung als eine stillschweigende rechtliche Enterbung angesehen. (Ed. Entw. §. 73.) Der Notherbe kann also keinen Anspruch auf einen Erbtheil machen. Dies ist ohne Zweifel auch auf den Fall anzuwenden, wenn die Uebergehung aus Irrthum geschehen ist, indem der Erblasser das Kind für todt hielt, weil bei einer S. 85 bezeichneten crassen Thathandlung, deren der Uebergangene sich schuldig machte, die Vermuthung eintritt, daß, wenn er nicht wäre präterirt worden, der Erblasser ihn ausdrücklich enterbt haben würde, und es kann hier der römische Grundsatz: error nullitatem testamenti efficit, keine Anwendung finden.

§. 64.

Wer hat zur Entrichtung des Erb- oder Pflichttheils beizutragen?

Wenn es um die Abführung eines von dem Erblasser gar nicht, oder nur um die Ergänzung eines von ihm nicht vollständig hinterlassenen Erb- oder Pflichttheils zu thun ist; so müssen nicht nur die eingesetzten Erben, sondern auch die Legatare verhältnißmäßig zur vollständigen Entrichtung beitragen, weil dessen Abführung

oder Ergänzung eine Last ist, welche auf der ganzen Verlassenschaftsmasse haftet. Von diesem Gesichtspunct ausgehend verpflichtet das franz. G. B. Art. 1012, den Partitionslegatar eben so, wie den Universallegatar, für die Schulden und Lasten der Verlassenschaft des Testators, persönlich für seinen Antheil und hypothekarisch für das ganze Vermögen zu haften. Es kann nicht allein von der Entrichtung des Pflichttheils, sondern auch von der Abführung des Erbtheils die Frage seyn, wie dies bei dem unwissentlich, aus Irrthum übergangenen Kinde der Fall seyn kann. Die auf die Ergänzung gerichtete condictionem ex lege 30 C. de inoffic. testam behandeln zwar die Römer als eine blos gegen den Erben persönlich gerichtete Klage, und als eine ihm ex quasi contractu allein, den Legatarien aber nur aushülfsweise aufliegende Last, weil der Erbe die Verbindlichkeiten des Erblassers erfüllen müsse. Allein auch das preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 434, und das österr. G. B. §. 783 betrachten die Abführung und Ergänzungspflicht mit vollem Recht als eine, sowohl dem Erben als den Legatarien aufliegende Beschwerde, weil die Vermuthung gelte, daß der Erblasser nicht blos die Erben damit habe beschweren wollen, sondern auch die Legatare mit geringeren Beträgen bedacht haben würde, wenn er dem Notherben den gesetzlichen Betrag des Erb- oder Pflichttheils hinterlassen hätte. Dieser Grund ist durchgreifend, und es versteht sich von selbst, daß diese Abführung oder Ergänzung alsdann den Legatarien allein obliegen muß, wenn der eingesetzte Notherbe mit so vielen Legaten beschwert ist, daß ihm nicht mehr als der Pflichttheil übrig bleibt, oder der Erbe die Erbschaft nicht annehmen kann oder will, in welchem

Falle nach dem österr. Coder §. 725 die gesetzlichen Erben die übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen verpflichtet sind. Von diesem letzteren wird im Abschnitt von der Einschränkung oder Aufhebung des letzten Willens die Rede und das Weitere zu verfügen seyn; hier genügt es nur zu verordnen:

»daß in allen Fällen, wo einem Notherben der gebührende Erb- oder Pflichttheil gar nicht oder nicht vollständig ausgemessen worden ist, sowohl die eingesetzten Erben, als auch die Legatare verhältnißmäßig zur vollständigen Entrichtung beitragen müssen.« (Cd. Entw. §. 74.)

§. 65.

Art der Ausmessung und Berechnung des Pflichttheils.

So wie das römische Recht const. ult. §. 2, 3. C. 6, 43, so beschäftigt sich auch jedoch weit bestimmter, als dieses, das österr. G. B. in den §§. 784 — 789 mit den Fragen: 1) auf welche Art der Pflichttheil auszumessen, und 2) wie derselbe zu berechnen sey? Zur ersten Frage muß der Passivstand vom Activstand genau gesondert werden, und zu Constatirung des letzteren sind alle zur Verlassenschaft gehörige bewegliche und unbewegliche Sachen, alle Rechte und Forderungen (dingliche oder persönliche) mithin auch Forderungen an den Erben oder Legatar, selbst wenn sie im Testament erlassen worden sind, mit Ausschluß fremder Sachen, unübertragbarer Rechte, also der Lehen und Fideicommisse, vom Gericht genau zu beschreiben und von beeidigten Taxatoren abzuschätzen. Ein Gleiches nach dem franz. G. B. Art. 923. Es kommt also auf die legale Errichtung eines Inventariums an.

Den Notherben muß es frei stehen, bei der gerichtlichen Schätzung gegenwärtig zu seyn und ihre Erinnerungen dabei zu machen, und da es für den eingesetzten Erben drückend seyn würde, wenn die Notherben zur Bestimmung des wahren Werthes aller beschriebenen Gegenstände auf eine Feilbietung derselben zu dringen befugt wären, da sie alle nöthige Bemerkungen machen können; so ist auch die Feilbietung ausdrücklich zu untersagen.

Gesetzt aber, der Erblasser vermacht dem Notherben mehr als den Pflichttheil, mit beigefügter Bedrohung, daß, wenn er auf Schätzung bestehen würde, der Mehrbetrag wegfallen solle. Ist diese Bedingung ungültig? keineswegs, weil er nur auf den Pflichttheil gesetzlichen Anspruch zu machen hat. Daher ist es nothwendig, gesetzlich auszusprechen, »daß auf eine Feilbietung der »Verlassenschaftsstücke, zu Ergründung ihres wahren »Werthes, von dem Notherben nicht gedrungen werden »könne, der Erblasser aber unter der Bedrohung, daß »das Uebermaaß des Pflichttheils wegfallen solle, die »Schätzung untersagen könne. (Ed. Entw. §. 75.)

Die zweite Frage: wie der Pflichttheil zu berechnen sey? wird im römischen Recht *), österr. G. B. §. 785, 786, und im franz. Civ. Codex Art. 922 dahin be-

*) const. 6. C. 3, 28. fr. 8. §. 9. D. 5, 2. fr. 39. D. 50, 16. Nach Justinians Verordnung soll von der Collation bei der Beerbung ab intestato auf die computationem in legitimam portionem schlechterdings kein Schluß gelten. Es soll vielmehr ein fester Grundsatz seyn: Ea tantummodo ex his, quae conferuntur, portioni legitimae computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.

antwortet, daß bei Berechnung des Pflichttheils der Passivstand vom Activstand abzuziehen sey. Ersterer begreift a) die Schulden, b) die bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen haftenden dinglichen oder persönlichen Lasten, nicht aber c) die Vermächtnisse und d) andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten. Die ersteren werden von der Masse abgerechnet, der Pflichttheil aber ohne Rücksicht auf die beiden letzteren berechnet. So wird das Heirathsgut, Grunddienstbarkeiten und Zinsen für eine Leibrente in Abzug gebracht, nicht aber der aus der Masse vom Erben zu bestreitende Wittwengehalt, die Begräbniß- und Inventurkosten, da nur nach dem reinen Vermögen der Pflichttheil zu berechnen ist. Die Vermehrung oder Verminderung der Erbmasse, wenn sie sich nicht an einzelnen Sachen, die vom Erblasser bestimmten Personen zugedacht sind, ergiebt, trifft bis zur wirklichen Zutheilung sowohl den Haupt- als den Notherben nach Verhältniß der ihnen zufallenden Erbtheile. Bis dahin ist also die Verlassenschaft zwischen beiden in Ansehung des Gewinnes und Verlustes als ein verhältnißmäßig gemeinschaftliches Gut zu betrachten. (Ed. Entw. §. 76, 77.)

§. 66.

Was wird zum Pflichttheil angerechnet? *)

Bei Bestimmung des Pflichttheils unterwirft das römische Recht Vermächtnisse, Fideicommisse und Schen-

*) Die Anrechnung (Collation) ist die Bestimmung dessen, was einem Erben als bereits empfangen von seinem Erbtheile abgezogen wird. Sie hat theils bei dem Pflichttheile, theils bei der gesetzlichen oder wohl auch testamentarischen Erbfolge statt.

kungen von Todes wegen, Hochzeitsgeschenke, also auch Morgengabe, Widerlage, so wie überhaupt Geschenke der Eltern, die sie bei ihrem Leben den Kindern machten, wenn sie nicht bestimmt zum Voraus gegeben wurden, unbedingt der Collation *). Res quovis modo a parentibus liberis datas sagt sogar die Nov. 18, Cap. 6. Dadurch wird die Befugniß der Eltern, bei ihrem Leben den Kindern verdiente Wohlthaten zu erzeigen, über die Gebühr beschränkt. Wenn nun das preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2 §. 393 verordnet, daß ein Kind nur den wirklichen Betrag der erhaltenen Ausstattung und der geschenkten Grundstücke, Gerechtigkeiten oder ausstehenden Capitalien in den Pflichttheil sich einrechnen zu lassen schuldig sey; so verfügt das österr. G. B. §. 786 und 787 bestimmter, daß 1) Alles, was die Notherben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten haben, bei Bestimmung ihres Pflichttheils in Rechnung gebracht werden müsse **); 2) auch dasjenige in den Pflichttheil einzurechnen sey, was der Erblasser bei Lebzeiten seiner Tochter oder Enkelin zum Heirathsgut (da es einen Theil der Erbschaft ausmacht) was er seinem Sohne oder Enkel zur Ausstattung oder unmittelbar zum Antritte eines Amtes, z. B. einer Pfarrerstelle, oder was immer eines Gewerbes, einer Fabrik, Handlung, Handwerks

---

*) const. 17, 19, 20. §. 1. C. 6, 20. §. 6. I. 2, 18 const. 36. pr. C. 3, 28. fr. 8. §. 6. D. 5, 2. fr. 3, §. 17. D. 38, 2. Glück Comment. Th. VII. Abth. I. S. 96.

**) M. s. *Leyser* Spec. 91. Med. 6. Also bloße Hoffnungen, dereinst zum Besitze eines Nachlasses zu gelangen, sind kein Gegenstand der Collation.

gegeben, oder zur Bezahlung von Schulden eines groß- jährigen Kindes verwendet habe. (Franz. G. B. Art. 851.) Eine höchst billige zum Theil römische Disposition, nach welcher donatio ob causam, also Brautschatzgelder und das zur Einrichtung des Hauswesens, Ankauf des Handwerkszeugs u. s. w. gegebene der Collation unterworfen ist *). Unstreitig verdient die obige Verfügung Beifall, da das Gesetz eine so viel möglich zu erreichende Gleichstellung der Erben zur Richtschnur geben muß, und wenn man auch von dem Grundsatz ausgeht, daß Eltern ihren Kindern eine ihrem Vermögensstande angemessene Versorgung zu verschaffen schuldig sind, diese Pflicht dennoch nicht wiederholt zu werden braucht, wenn sie dieselbe schon bei ihrer Lebenszeit erfüllt haben; nur zähle ich den obigen Verfügungen nach dem preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 116 auch noch die, nach einer, mit Zuziehung des Vaters, vom Sohne freiwillig gewählten, von diesem aber verlassenen und zu einer andern übergegangenen Lebensart entstandenen größern Kosten bei, z. B. wenn der Sohn nach vollendeten theologischen Studien Rechtswissenschaft studirt, die er ohne Anstand in den Pflichttheil sich einrechnen lassen muß.

In den Pflichttheil, welcher entfernteren Abstämmlingen (Enkeln oder Enkelinnen) in Ermangelung des näheren (Sohnes oder Tochter) gebührt, kann nur das, was sie unmittelbar selbst erhalten haben, eingerechnet werden, nicht auch so wie bei der gesetzlichen Erbfolge dasjenige, was der nähere empfangen hat (§. 68 unten);

---

*) fr. 25. pr. D. 5, 2. const. 29, 30. §. 2. C. 3, 28. Höpfner Comment. §. 710.

denn der Pflichttheil gebührt ihnen aus ihrem eigenen unmittelbaren Rechtsverhältnisse zum Erblasser, der gesetzliche Erbtheil fällt ihnen dagegen nur in dem Maße zu, als er ihren Eltern zugefallen wäre.

Was andere Gesetzbücher umgehen, bestimmt zweckmäßig der österr. Codex §. 789, daß bei dem Pflichttheil der Eltern die Anrechnung eines Vorschusses in sofern statt finde, als er nicht blos zur Unterstützung der dürftigen Eltern oder aus bloßer Freigebigkeit geleistet worden sey, weil auch das, was Eltern ihren Kindern unter Lebenden geschenkt haben, in den Pflichttheil nicht eingerechnet wird. Daß es Eltern und Kindern frei stehen muß, in ihrer letzten Willenserklärung zu verordnen, daß das vorher bestimmte nicht conferirt werden solle, bedarf immer einer Bestimmung. (Ed. Entw. §. 80, 81.)

§. 67.

Kann aber bei der Erbfolge der Kinder aus einem letzten Willen der Erblasser darin die Collation des Empfangenen ausdrücklich verbieten, geschieht sie also nur dann, wenn sie vom Erblasser bestimmt verordnet worden ist, so muß dagegen (abgesehen von einem Testamente) auch bei der gesetzlichen Erbfolge ein Kind sich dasjenige anrechnen lassen, was es vom Erblasser a) zum Heirathsgut, b) unmittelbar zum Antritt eines Gewerbes, oder c) ein großjähriges Kind zu Bezahlung von Schulden erhalten hat; denn es tritt auch hier die Vermuthung ein, daß der Erblasser dasjenige, was er nicht aus bloßer Freigebigkeit, sondern pflichtmäßig voraus gegeben hat, nicht habe schenken, sondern

eine Gleichheit bei der Theilung seines Vermögens habe beobachtet wissen wollen.

Einem Enkel wird bei dieser Art der Erbfolge nicht nur das, was er von den oben benannten Gegenständen unmittelbar selbst, sondern auch das, was seine Eltern, in deren Stelle er tritt, auf solche Art empfangen haben, in den Erbtheil eingerechnet. Wie also seinen Eltern das Empfangene angerechnet worden wäre, so muß auch er der Anrechnung sich unterziehen *).

Wenn aber auch die Eltern einem Kinde bei der gesetzlichen Erbfolge die Anrechnung ausdrücklich erlassen haben; so muß es doch die in diesem §. zu a. b. c speciell benannten, zum voraus erhaltenen Gegenstände in dem Fall sich anrechnen lassen, wenn die nöthige Erziehung und Versorgung der übrigen Kinder weder aus ihrem, noch aus dem Vermögen der Eltern bestritten werden kann, aber auch nur in soweit, als solches zu diesem Zweck nöthig erscheint. Die Befugniß einer oft nothwendigen ungleichen Vertheilung des Vermögens unter die Kinder wird dadurch den Eltern nicht entzogen, allein dem Mißbrauch Grenzen gesetzt.

Nach dem bisher Gesagten werden also die §§. 785—792 des österr. G. B. mit mehreren Modificationen bei unserer Gesetzgebung ganz zum Grunde gelegt. (Ed. Entw. §. 82, 83.)

§. 68.

Was wird in den Pflichttheil nicht eingerechnet?

Peculia castrensia, quasi castrensia et adventitia unterwirft das römische Recht gar nicht, und die letzte-

*) Glück Comment. Th. VII. Abth. 1. S. 95.

ren selbst dann nicht der Collation, wenn sie die Eltern den Kindern gegeben haben, also auch nicht Studir- und Reisekosten *). In diesem Sinne und noch weiter verordnet der Art. 852 des franz. G. B. »der für Beköstigung, Unterhalt und Erziehung gemachte Aufwand, »Lehrgeld, gewöhnliche Kosten für Ausstattung und »Hochzeit, so wie übliche Hochzeitsgeschenke werden nicht »conferirt,« wobei es, gleich dem römischen Recht, **) die Collation einer ohne Verschulden des Schenknehmers zu Grunde gegangenen Sache verbietet. Dieser Grundsatz ist rechtlich, denn es kann in diesem Fall der Schenknehmer durch die Collation nicht doppelt gestraft werden, und wenn die Erben dadurch, daß sie unterbleibt, Schaden leiden, so tragen sie denselben, da den durch Zufall entstandenen Schaden ein Jeder trägt, dem in Ansehung der Sache ein Recht zustand, in so weit, als dadurch die Ausübung dieses Rechts unmöglich oder fruchtlos gemacht wird ***).

Ohne mit dem franz. G. B. zu sehr ins Detail zu gehen, nehme ich an, daß in den Pflichttheil nicht einzurechnen sey: 1) die Studierkosten †), noch weniger

*) fr. 1. §. 15. D. 37, 6. const. fin. C. 6, 20. Höpfner a. a. O. §. 710. S. 622.

**) fr. 2. §. 2. D. 37, 6. fr. 22. §. 3. D. 36, 1. fr. 40. §. 1. D. 12, 6.

***) Glück Comment. Th. IV. Abth. 2. S. 377.

†) fr. 50. D. 10, 2. Quae pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quae ex defuncti bonis, ad eundem filium pertinuit, computari aequitas non patitur. Reisekosten rechne

also Alimente und Erziehungskosten, 2) die Equipagengelder zum Antritt einer Officiersstelle, die mit den Studierkosten, so wie 3) das Lehrgeld zur Erlernung eines Handwerks in gleicher Cathegorie stehen, 4) die einem Kinde ohne Rücksicht auf den gewählten Stand oder das ergriffene Gewerbe gemachten Geschenke (franz. G. B. Art. 847. s. unten §. 60.); 5) desgleichen wenn die Einrechnung vom Erblasser nicht ausdrücklich verordnet oder vorbehalten worden ist, die Hochzeitsgeschenke, jährlich zum Unterhalt verabreichten Beiträge (z. B. die einem Subalternoffizier monatlich gegebene Zulage), die Morgengabe und Widerlage. (Ed. Entw. §. 79.)

§. 69.

Die Anrechnung des Empfangenen zum Erbtheile geschieht zu Herstellung der Gleichheit dadurch, daß jedes Kind den nämlichen oder mit den übrigen ganz gleichen

---

ich nicht hierher; zwar sagt Ulpian fr. 1. §. 16. D. 37, 6. sed an id quod dignitatis nomine a patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus? Et ait Papinianus — non esse cogendum: hoc enim propter onera dignitatis praecipuum haberi oportere. Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is, qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium heredum onus hoc debitum; daher rechnen Hellfeld jurispr. for. §. 1612, u. Leyser Sp. 411. M. 2. Reisekosten unter die nicht zu conferirenden Gegenstände. Allein dies Gesetz bezieht sich auf die römischen Sitten und Gewohnheiten; vom Vermögen der Eltern und von ihrer Bestimmung hängt es ab, ob Reisekosten conferirt werden sollen. Bestimmen sie darüber nicht; so sind sie unstreitig der Collation unterworfen.

Betrag noch vor der Theilung erhält. Reicht die Verlassenschaft dazu nicht hin; so kann das früher begünstigte Kind zwar keinen Erbtheil mehr ansprechen, sondern die Verlassenschaft wird unter die übrigen Kinder getheilt; es kann aber auch zu keiner Erstattung angehalten werden, außer in dem Fall, wenn nach der Bestimmung des vorhergehenden §. von dem erhaltenen Heirathsgut, in der Großjährigkeit bezahlten Schulden, oder von den zum Antritt eines Gewerbes gegebenen, oder aber von dem Fall, wo querela inofficiosae donationis statt findet *), die Rede ist, in welchem letzteren Falle ich mit dem preuß. L. R. Th. 1. Tit. 11. §. 1113 und dem östert. G. B. §. 951 das die Hälfte des Vermögens übersteigende Geschenk der Collation unterwerfe. Jedoch schließe ich bei allen diesen Gegenständen die Verbindlichkeit zum Ersatz der bezogenen Nutzungen oder einer Entschädigung für den einstweiligen Gebrauch um deswillen aus, weil der Notherbe durch die tradirten Objecte eine Dispositionsbefugniß darüber erhielte.

Besteht das Empfangene in baarem Gelde, so ist bei der Anrechnung der nämliche Betrag zu bestimmen; bei beweglichen Sachen ist der Werth nach dem Zeitpunct des Erbanfalls (weil derselbe sich durch den Gebrauch vermindert haben kann), bei unbeweglichen Sachen nach dem Zeitpuncte des Empfanges zu schätzen, oder auf andere Art darzuthun, wenn nicht der Erblasser den Werth bestimmt hat, und die Notherben dadurch im Pflichttheile nicht verkürzt worden sind. (Ed. Entw. §. 85.)

---

*) M. s. die Nov. 92. Cap. 1. und Glück a. a. O. Th. 7. Abth. 1. S. 96 — 99.

Wenn übrigens das römische Recht einem vom Pflichttheil gesetzlich ausgeschlossenen Notherben, fr. 27, §. 3. D. 5, 2, nur während dem Lauf des Processes nach Maasgabe des Vermögens die Alimente zuspricht; so billigt ihm der österr. Codex §. 795 den nothwendigen Unterhalt lebenslang zu. Als Almosen und auch als moralische Pflicht betrachtet, den gesetzlichen Erben dem Hunger und Elende nicht Preis zu geben, liegt hierin keine Beschwerde für den Erben, der nur zum nothwendigen Unterhalt, wenn der ausgeschlossene Notherbe durch eigenen Fleiß sich nicht ernähren kann, also nicht einmal zum anständigen Unterhalt, nach Lage und Verhältnissen des Ausgeschlossenen, verpflichtet wird.

Fünfter Abschnitt.

Von den Nacherben.

§. 70.

Gemeine und fideicommissarische Substitution.

Jede Substitution muß in einer letzten Willenserklärung geschehen. So wie die Römer, so kennen auch alle Gesetzbücher, mit Ausnahme des französischen, die gemeine oder directe, die pupillarische und fideicommissarische Substitution. Das franz. G. B. verbietet Art. 896 die Substitutionen im Allgemeinen, erlaubt jedoch Art. 1048 den Eltern, ihr Vermögen ganz oder theilweise durch Acten zwischen Lebenden oder Testamente einem oder mehreren ihrer Kinder unter der Bedingung zu schenken, dies Vermögen den schon gebornen und noch zukünftigen Kindern der Schenknehmer, doch

blos im ersten Grade, auszuliefern. Ebenfalls mit der Beschränkung auf diesen Grad kann nach Art. 1049 der Erblasser bei kinderlosem Absterben zu Gunsten seiner Geschwister über die Gesammtheit oder einen Theil seines Vermögens unter der Bedingung Verfügungen treffen, solches den gebornen oder zukünftigen Kindern der schenknehmenden Geschwister auszuliefern. Die Dispositionen dieser Art sind aber nur dann gültig, wenn sie zu Gunsten aller gebornen oder zukünftigen Kinder des Beschwerten, ohne Ausnahme und Vorzug des Alters oder Geschlechts, geschehen sind.

Beide, sowohl das preuß. (Th. 1. Tit. 12. §. 60) als das österr. L. R., lassen die Pupillarsubstitution mit Recht als eine gemeine gelten, und daher erwähnt das österr. G. B. ihrer gar nicht im römischen Sinne. Hiernach kann jeder Erblasser für den Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangt, einen, und wenn auch dieser sie nicht erlangt, einen zweiten, und in gleichem Falle einen dritten oder vierten Nacherben berufen, nach der Regel; substitutus substituti, censetur etiam substitutus instituto. fr. 41. D. 28, 6. Hier die gemeine Substitution, bei welcher der in der Reihe zunächst Berufene Erbe wird. Der vom Erblasser ausgedrückte Fall des Nichtwollens begreift den des Nichtkönnens, und umgekehrt, nicht in sich, weil der Erblasser Gründe gehabt haben kann, nur den einen Fall auszudrücken. Wenn also der Erblasser nur allein auf den Fall, daß der eingesetzte Erbe nicht Erbe seyn wollte, einen andern substituirt, und der direct eingesetzte Erbe kann nicht Erbe seyn; so fällt die Erbschaft nicht dem Substituten, sondern den gesetzlichen Erben anheim. Eben so, wenn wir den umgekehrten

Fall annehmen. Ich verwerfe daher den Grundsatz des römischen Rechts, der den einen Fall stillschweigend unter dem andern subsumirt. fr. 4. pr. D. (28, 6.) de vulg. et pupill. substitut. fr. 101. D. (35, 1.) de condition. et demonstrat. (Ed. Entw. §. 86.)

§. 71.

Rechte aus derselben.

Der Nacherbe tritt in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erben, die Letzterem aufliegenden Lasten werden auf Ersteren ausgedehnt, wofern sie nicht durch den ausdrücklichen Willen des Erblassers oder die Beschaffenheit der Umstände auf die Person des Erben eingeschränkt sind. Dies letztere kann der Fall seyn, bei der aufgelegten Last die Vormundschaft zu führen, wenn der Nacherbe ein im Auslande sich befindender Verwandter des Erblassers wäre.

Der Nacherbe erhält den erledigten Erbtheil. Sind mehrere Miterben allein wechselseitig zu Nacherben berufen worden; so wird gesetzlich vermuthet, daß der Erblasser die in der Einsetzung ausgemessenen Theile auch auf die Substitution ausdehnen wollte, so zwar, daß der erledigte Erbtheil nach Verhältniß der Erbschaftstheile den übrigen Miterben zuwächst. fr. 24. D. 28, 6. Ist aber außer den Miterben noch ein Anderer substituirt worden; so theilen sie die vacante Portion alle zu gleichen Theilen, weil die Einziehung eines Nichtmiterben in die Substitution keine reine wechselseitige, sondern eine gemeine Substitution mehrerer Nacherben ist. Obgleich gegen dies Letztere sich manches einwenden läßt; so belasse ich es deshalb doch bei §. 2. I. (2, 15.) de vulg. substitut. frag. 24. D. (28, 6.) de vulg. et pup.

subst. und dem österr. G. B. §. 607. (Sd. Entw. §. 87 —89.)

§. 72.

Fideicommissarische insbesondere.

Verpflichtet der Erblasser seinen Erben, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in anderen bestimmten Fällen einem zweiten ernannten Erben überlassen solle; so ist dies eine fideicommissarische Substitution *). Nach römischem Recht kann der Stifter, gleichwie bei der Vulgarsubstitution, mehrere Grade machen, und die Anordnung treffen, daß das Fideicommiß vom ersten Erben einem zweiten, von diesem einem dritten, und von diesem einem vierten, aber nicht weiter, restituirt werden soll. Nov. 159 c. 2. 3. §. 11. I. (2. 23.) de fideicommissariis hereditatib. Daß damit eine höchst engherzige Idee verbunden ist, und sie nur auf Mißgunst sich gründet, weil der Erblasser seinen Intestaterben auch nicht einen Brocken seines Nachlasses gönnt, geht selbst aus manchen Gesetzstellen des römischen Rechts hervor.

Nach dem preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 55. gilt eine fideicommissarische Substitution nur zum Besten des ersten und zweiten Substituten, und nicht weiter, wahrscheinlich aus dem Grunde, weil eine weitere Ernennung von Nacherben in ein Familienfideicommiß ausartet, obgleich auch diese nach preußischen Gesetzen ein Jeder er-

---

*) Nach französischem Recht in der Maaße nichtig, daß selbst die Verfügung, die mit dem Fideicommisse beschwert ist, in Beziehung auf die Gegenstände des Fideicommisses ungültig ist. Zachariä a. a. O. §. 582.

richten kann. Das österr. G. B. §. 608 scheint die Substitution nur auf einen Nacherben zu beschränken, indem es nur den zweiten und keinen weiteren Nacherben benennt; allein die natürliche Freiheit des Erblassers einen weiteren Substituten zu ernennen, spricht der folgende §. 611 deutlich aus. Von dieser natürlichen Freiheit wird im §. 75 die Rede seyn.

Es ist einleuchtend, daß die fideicommissarische Substitution stillschweigend die gemeine in sich begreift; denn bei ersterer wollte der Erblasser die Erbschaft dem fideicommissarischen Erben zu seiner Zeit, und nicht den gesetzlichen Erben, zuwenden. Dagegen begreift die gemeine Substitution die fideicommissarische nicht in sich, weil der Erblasser bei der gemeinen Substitution den eingesetzten Erben in der freien Verfügung über den Nachlaß nicht beschränken wollte. Preuß. L. R. a. a. O. §. 58. (Ed. Entw. §. 90.)

§. 73.

In wiefern können Eltern ihren Kindern substituiren.

Ich habe oben erwähnt, daß das österr. G. B. weder die römische Pupillar- noch Quasipupillar-Substitution kennt. Ueber das den Kindern eigenthümliche Vermögen ist der Vater selbst, wenn auch das Kind z. B. wegen Blödsinnes zu testiren unfähig seyn sollte, demselben einen Erben zu benennen nicht befugt, weil dies dem angenommenen System der gesetzlichen Erbfolge zuwider läuft. Daher disponirt der §. 609, daß die Eltern nur in Ansehung des Vermögens, das sie den Kindern hinterlassen, einen Erben oder Nacherben ernennen können, mithin auf den Fall, daß die Kinder vor Erreichung des gesetzlichen Alters oder

als blödsinnig sterben würden, fideicommissarisch, und für den Fall, daß sie nicht Erben seyn könnten oder wollten, auf gemeine Art zu substituiren befugt seyn sollen, wogegen das eigenthümliche Vermögen der Kinder, wenn sie zu testiren unfähig sind, den gesetzlichen Erben zufällt.

Das preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 521—523 und 530, gestattet gleich dem römischen Recht nur dem Vater die Befugniß, über das eigenthümliche Vermögen der Kinder, im Fall sie in der Unmündigkeit versterben, einen Erben zu ernennen, und reservirt in einem solchen Falle denen, welchen er gebührt, aus dem Nachlaß des Kindes den Pflichttheil.

Es ist zu weit getrieben, wenn das römische Recht die hiernach in Sclaverei ausartende väterliche Gewalt ausdehnt, daß der Vater über das Vermögen des unmündigen oder zu testiren unfähigen Kindes demselben einen Erben soll substituiren können. In der besondern Vorliebe für den deutlich erklärten letzten Willen, und damit es ja nicht an einem Erben fehlen möge, ist der Grund dieser ausgedehnten Gewalt zu suchen. Die Eltern sind nur über ihr eigenthümliches Vermögen den Kindern einen Erben zu substituiren befugt, wobei es sich von selbst versteht, daß, wenn sie selbst zu testiren fähig sind, die fideicommissarische Substitution in Ansehung des Vermögens der Eltern, nicht auf den Pflichttheil sich erstrecken kann. Das Mainzer L. R., Tit. 10. §. 4, indem es auch der Mutter, Groß- und Urgroßmutter die Befugniß pupillariter zu substituiren einräumt, hat in Ansehung ihrer die Billigkeit davon eingesehen, indem es diese Befugniß nur auf die eigenthümlichen Güter der Mutter, Groß- und Urgroßmutter

beschränkt, die ich auch nur in Ansehung der eigenthümlichen väterlichen und mütterlichen Güter gelten lasse. (Ed. Entw. §. 91.)

§. 74.

Stillschweigende fideicommissarische Substitution *).

Verbietet der Erblasser dem Erben über den Nachlaß zu testiren; so liegt darin eine stillschweigende fideicom-

---

*) Eine römische Erfindung in fraudem legum. In den Basilicis T. III p. 1. heißt es: οτε δοθῆ τι τῷ μὴ δυναμένῳ κατα νομους λαβεῖν ληγὰτον ἀπὸ του γραφέντος ἐν τῇ πρώτῃ καὶ δευτὲρα διαθήκῃ κληρονὸμον, i. e. cum ei, qui non potest secundum leges capere legatum, ab eo datur, qui scriptus est in primo et secundo testamento heres. Konnte ein Römer jemandem gar nicht oder nicht so viel im Testament hinterlassen, als er wollte, so setzte er einen fähigen Erben ein und ließ sich heimlich, schriftlich oder mündlich versprechen, die Erbschaft oder das Vermächtniß der unfähigen Person wieder abtreten zu wollen. *Cicero* de finib. L. II. c. 17. et in Verrem L. XLI. c. 47. *Quintil.* Institut. Orator. L. IX. c. 2. Im Justinianischen Rechtsbuche sagt Julian, fr. 103, D. 30. (de legat.) in tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione, vel chyrographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei, qui capere non potest. Aehnlichen Inhalts ist fr. 10. pr. D. 34, 9. War der Erbe ohne heimliches Einverständniß, palam d. i. in einem Testament oder Codizill ersucht worden, einer unfähigen Person die Erbschaft oder einen Theil derselben wieder abzutreten, so war dies kein tacitum fideicommissum. Das Fideicommiß wurde zwar pro non scripto gehalten, allein es war nicht strafbar. Glück Comment. Th. XXI.

missarische Substitution. Der Erbe muß ihn dann seinen gesetzlichen Erben, die ihm fideicommissarisch substituirt sind, hinterlassen. Es möchte problematisch seyn, ob eine solche Art von Substitution zuzulassen sey? Ich werde mich über diese Frage sogleich verbreiten, bemerke aber vorläufig, daß ich zwar für die Einschränkung, nicht aber für die Uebergehung derselben stimme, weil es der Fall seyn kann, daß der Erblasser den gesetzlichen Erben des eingesetzten Erben seinen Nachlaß gönnen will. In dem bloßen Veräußerungsverbot, wodurch der Verschwendung vorgebogen werden soll, liegt das Verbot, über die Sache zu testiren, keineswegs, und wenn das römische Recht bei stillschweigenden Fideicommissen die Bedingung geltend machen will, daß die damit beschwerten Kinder ohne rechtmäßige Nachkömmlinge verstorben seyn müßten, §. 3. I. 2, 23, so liegt es schon in der vorderen Gesetzgebung, daß der Testator seinen Notherben den Pflichttheil frei hinterlassen muß. (Ed. Entw. §. 92.)

Abth. 2. S. 251. Lex Julia caducaria oder Papia Poppaeà verbot fideicommissa tacita und eignete sie dem Staate zu, und nach dem Senatusconsulto Planciano durfte der Erbe die quarta nicht davon abziehen, es sollte dem Fiscus heimfallen. fr. 59. §. 1. D. 35, 2. fr. 11. D. 34, 9. fr. 17. §. 22, 1. fr. 1. pr. fr. 13, 15, 16, 42. pr. et fr. 49. D. 49. 14. Dies gehört aber zur Geschichte der Fideicommisse, die ihre Epochen durchwandert hat. Auf die im §. angezeigte Art kann immer eine stillschweigende fideicommissarische Substitution statt finden.

§. 75.

Einschränkung der fideicommissarischen Substitution.

In der Regel kann eine fideicommissarische Substitution auf mehrere Erben ausgedehnt werden. Sind sie alle Zeitgenossen des Erblassers; so ist die Reihenfolge im römischen Recht nach einiger Rechtslehrer Meinung bis zum vierten Grade beschränkt, nach anderen aber, und selbst im österr. G. B. §. 611 *), noch weiter ausgedehnt. Mackeldey a. a. O. §. 479. Wenn hiervon der Grund in der natürlichen Freiheit des Menschen, über das Seinige nach Gefallen zu verfügen, liegen soll; so kann ich diesen Grundsatz dann, wenn ein Rechtsinstitut gemeinschädlich ist, in seiner Allgemeinheit nicht annehmen. Fideicommissarische Substitutionen bringen aber den Nachtheil hervor, daß sie dem freien Verkehr hinderlich sind, daß nach dem Willen des Disponenten das Vermögen einer dritten oder vierten Person zu Theil werden soll, von welcher der Erblasser nicht voraussehen kann, was ihr künftiges Schicksal ist, daß auf diese Art das Eigenthum oft ungewiß bleibt und zu Sicherheitsforderungen die Veranlassung giebt. Muß ich daher auch den obigen Grundsatz anerkennen; so muß ich doch bei fideicommissarischen Substitutionen eine Einschränkung eintreten lassen, daher ich sie nicht über den ersten Grad auszudehnen vermag. Deutsche Familienfideicommisse als ein politisches Institut betrach-

*) Der §. sagt: »die Reihe, in welcher fideicommissarische »Erben auf einander folgen sollen, wird, wenn sie alle »Zeitgenossen des Erblassers sind, gar nicht beschränkt, »sie kann sich auf den Dritten, Vierten und noch weiter »ausdehnen.«

ket, die der Gesetzgeber unter gewissen Voraussetzungen und Bedingungen erlauben muß, sind hiervon wesentlich verschieden, sie bezielen den Glanz und den Flor der Familien, der bei fideicommissarischen Substitutionen nicht erreicht wird. Beide Rechtsinstitute können also nicht nach ein und dem nämlichen Grundsatz beurtheilt werden. (Ed. Entw. §. 93.)

§. 76.

Wie ist es mit einem nach errichtetem Testament Geborenen zu halten?

Allein es kommt hier die Frage zur Sprache, wie es mit den nascituris oder mit solchen Nacherben zu halten sey, die zur Zeit des errichteten Testaments noch nicht geboren sind? worauf erstreckt sich die fideicommissarische Substitution eines solchen Nachgebornen? Ein postumus suus konnte nach römischem Recht instituirt, mithin ihm auch substituirt werden, keineswegs ein postumus alienus. Der Prätor gab ihm bonorum possessionem. Der französische Civilcoder erlaubt, nach meiner Bemerkung §. 70, den Eltern, ihr Vermögen einem oder mehreren Kindern unter der Bedingung zu schenken, daß sie solches den gebornen und den künftigen Kindern der besagten Schenknehmer, jedoch nur im ersten Grade, zurückliefern sollen.

Das preuß. L. R. und unsere Landesstatuten übergehen die obige Frage ganz. Dagegen sagt das österr. G. B. §. 612:

»Sind es nicht Zeitgenossen, sondern solche Nacherben, »die zur Zeit des errichteten Testaments nicht geboren sind; so kann sich die fideicommissarische Sub»stitution, in Rücksicht auf Geldsummen und an-

»dere bewegliche Sachen, bis auf den zweiten »Grad erstrecken. In Ansehung unbeweglicher »Güter gilt sie nur auf den ersten Grad, doch »wird bei Bestimmung der Grade nur derjenige Nach»erbe gezählt, welcher zum Besitz der Erbschaft ge»langt ist.«

Hier hat das Gesetzbuch denen Principien Gerechtigkeit widerfahren lassen, die ich §. 75 im Allgemeinen bei fideicommissarischen Substitutionen zum Grunde legte. Ich beziehe mich deshalb auf Scheidleins Handb. des öster. Priv. R. §. 612.

Nach meinem Antrage bei der gesetzlichen Erbfolge werden Geldsummen nach den Umständen bald zu dem unbeweglichen, bald zu dem beweglichen Vermögen gerechnet, je nachdem sie einen Hauptbestandtheil des Vermögens ausmachen oder nicht, ich kann sie nicht schlechthin unter die beweglichen Sachen rechnen, vielmehr glaube ich aus dem vorbemerkten Grunde die fideicommissarische Substitution der nicht gebornen Nacherben gleich der der bereits gebornen ohne Unterschied und ohne Rücksicht, ob Geldsummen und bewegliche Sachen, oder ob unbewegliche Güter hinterlassen werden, überhaupt nur auf den ersten Grad beschränken zu müssen. Der Grund, warum der öster. Codex bei beweglichen Sachen den zweiten, bei unbeweglichen aber nur den ersten Grad zuläßt, liegt darin, weil es dem gemeinen Wohl mehr widerstreite, wenn die freie Verfügung über unbewegliche, als wenn sie über bewegliche Güter gehemmt werde. Diesen Grund bestreite ich nicht. Wenn aber die Circulation des Geldvermögens auch im Interesse des Staates liegt, und durch eine

weit ausgedehnte fideicommissarische Substitution über ein solches Vermögen der Ankauf von Immobilien, mithin der freie Verkehr ebenfalls gehemmt wird; so könnte dieser Grund nur dann durchgreifend erscheinen, wenn von solchen Geldsummen, die den größten Bestandtheil des Vermögens nicht ausmachen, die Rede wäre. Allein bei beweglichen Sachen in ihrer Allgemeinheit eine weit ausgedehnte fideicommissarische Substitution zu sanctioniren, ist, wenn man auch auf Mode und Vergänglichkeit keine Rücksicht nehmen will, lächerlich. Ich bleibe daher bei dem aufgestellten Grundsatz stehen. Sagt der Testator: »ich setze das Kind, das dem A gebo»ren werden wird, zu meinem Erben ein, nach seinem »Tode soll es die Erbschaft an den B restituiren;« so ist dies der erste Grad, wobei es sowohl bei beweglichen als unbeweglichen Sachen sein Bewenden behalten muß. (Ed. Entw. §. 94.)

§. 77.

Rechte der Erben bei einer fideicommissarischen Substitution.

Welche Rechte und Verbindlichkeiten hat nun aber der Fiduciarerbe? Das römische Recht stempelt ihn zum Erben, wenn er auch die Erbschaft restituiren muß, daher muß er auch einen Theil der Schulden bezahlen. Dafür giebt es ihm aber die Trebellianische Quart dergestalt, daß die Passivschulden nach Verhältniß der letzteren zwischen dem Fiduciar- und Fideicommißerben pro rata bezahlt werden, nur muß bei der Legatenzahlung ersterem die Quart frei bleiben. const. 2. C. 6, 49. (ad S. Trebell.) *) Eben so kann nach den Grundsätzen des

---

*) *Boehmer* Electa jur. civ. vol. 1. p. 226.

canonischen Rechts der Notherbe außer dem Pflichttheil auch die Trebellianische Quart abziehen. C. 16, 18. X. de testam.

Das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 466, und das österr. G. B. §. 613 geben dem Fiduciarerben ein eingeschränktes Eigenthum, so lange, bis der Substitutionsfall eintritt, — alle Rechte und Pflichten eines Niesbrauchers.

Ich bin damit nur zum Theil einverstanden; ich unterscheide den Fall, wenn der Fiduciarerbe bei seinen Lebzeiten z. B. gleich oder ein Jahr nach angetretener Erbschaft dieselbe dem Substituten restituiren muß, von dem Falle, wenn er es erst nach seinem Tode thun soll. Im ersten Fall finde ich es, um deutlich zu erkennen zu geben, daß der Gesetzgeber fideicommissarische Substitutionen nicht begünstige, und um damit das Spiel nicht treiben zu lassen, zu verordnen nöthig, daß der Fiduciarerbe nach Abtragung der Legate von der ganzen Erbschaft den vierten Theil abzuziehen befugt seyn und nach diesem Verhältnisse zu den Schulden concurriren soll, ohne daß er die bisher bezogenen Nutzungen, wohl aber das von der Erbmasse Veräußerte, die ihm zugedachten Legate und Schenkungen von Todes wegen, in diesen vierten Theil sich anrechnen lassen muß. Im zweiten Fall hingegen betrachte ich den Fiduciarerben vorbehältlich des, so wie im ersten Fall, einem Notherben gebührenden Pflichttheils, nur als Nutznießer, weil er z. B. einen gefundenen Schatz sich nicht zu eigen machen kann. Er muß daher für den ihm gebührenden Genuß des vollen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Ertrages alle auf der Erbschaftsmasse ruhenden Lasten und Schulden tragen,

und dieselbe als guter Haushälter erhalten. Beim ersten Fall weiche ich vom römischen Rechte ab, das zwar alle Legate, sogar die genossenen Nutzungen außer denen von der Quart bezogenen darin einrechnet, jedoch das ad pias causas und die von Soldaten hinterlassenen Vermächtnisse, gleichwie bei der falcidischen in diese Quart nicht einrechnet, und dem Erblasser die Befugniß giebt, den Abzug zu verbieten, welches, sobald das Gesetz dem Erben diesen vierten Theil zugesteht eine wahre Anomalie ist. fr. 18. §. 1. fr. 22. §. 2. D. 36, 1. (ad S. Trebell) Nov. 1. c. 2. §. 2. auth. C. ad L. falcid. Dagegen stehen beim zweiten Fall, wo der Erbe nur als Nutznießer betrachtet wird, dem Nacherben auch Rechte zu, z. B. nach Umständen Sicherheitsleistung, die Errichtung eines Inventars, bei übler Verwaltung die Bestellung eines Curators zu begehren, wovon theils in der Lehre von den Dienstbarkeiten, theils in der vom Besitz der Erbschaft das Nöthige zu verordnen seyn wird. (Edict. Entw. §. 95. 96.)

§. 78.

Interpretation der Substitutionen.

Substitutionen werden nicht vermuthet, und sind daher einer strengen Auslegung unterworfen. Hat nun der Erblasser so unbestimmter Ausdrücke sich bedient, daß nicht abzusehen ist, ob er eine Substitution habe anordnen wollen; so ist die Auslegung für das freie Eigenthum des Erben, oder auf solche Art zu machen, wodurch ihm letzteres am wenigsten beschränkt wird. Im Zweifel streitet daher die Vermuthung eher für die gemeine, als für die fideicommissarische Substitution. *Voet*

ad D. lib. 28. Tit. 6. ur. 3. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 59. (Ed. Entw. §. 98.)

§. 78.

Erlöschungsarten derselben.

Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft gültig angetreten hat, fr. 18. D. 33, 5; denn ein Unfähiger oder Unwürdiger kann nicht erben. Die fideicommissarische erlischt, sobald keiner der berufenen Erben mehr übrig ist, oder wenn der Fall, für den sie errichtet worden ist, aufhört. fr. 78. §. pen. D. 31. (de legat. 2.) fr. 102. D. 35, 1. (de condit. et demonstrat.)

Die einem Sinnlosen gemachte fideicommissarische Substitution verliert ihre Kraft, wenn er eine letzte Anordnung gemacht hat, und bewiesen wird, daß er zur Zeit derselben bei voller Besonnenheit war, preuß. L. R. Th. 2. Tit. 2. §. 548, und wenn das Gericht dem sinnlos Gewesenen wegen erlangtem Verstandesgebrauch die freie Verwaltung des Vermögens eingeräumt hat, öster. G. B. §. 616. Die vom Erblasser gemachte fideicommissarische Substitution lebt aber auch dann nicht wieder auf, wenn der eingesetzte Erbe wegen eines Rückfalls wieder unter einen Curator gesetzt worden ist und in der Zwischenzeit keine letzte Anordnung gemacht hätte, weil das, was erloschen ist, nicht wieder auflebt, und weil der Erbe nach erlangter Testirungsfähigkeit so zu betrachten ist, als wenn er von jeher testirungsfähig gewesen wäre. Eben so erlischt die vom Erblasser seinem Kinde gemachte Substitution, wenn dieselbe zu einer Zeit gemacht wurde, wo es noch keine Nachkommenschaft hatte, bei seinem Tode aber erbfähige Nachkommen hinterläßt.

Die Gründe, die den §. 116 und §. 117 des österr. G. B., wo dies verordnet ist, motivirten, sind zwar einleuchtend, können aber in Scheidleins Handbuch zu diesem §. nachgelesen werden. (Ed. Entw. §. 99. 100.)

§. 80.

Kein einziges der deutschen Gesetzbücher überhebt den Soldaten der Regeln der Substitution, nur allein das römische Recht gestattet ihm, seinen Kindern über die Jahre der Pubertät in Ansehung seines eigenthümlichen Vermögens zu substituiren, fr. 2. §. 1. D. 28, 6. (de vulg. et pupill. substit.) und auch dem ersten Erben auf den Fall zu substituiren, wenn er wirklich Erbe werden würde. Ich übergehe diese Anomalien, da ich darin keinen Reiz zum Muth und zur Tapferkeit finden kann.

Hiermit schließe ich die Lehre von den Substitutionen, und behalte die von den Familienfideicommissen einer andern Zeit bevor.

*) M. s. Thibaut Pand. R. §. 706. Mackeldey a. a. O. §. 474.

Zweite Abtheilung.

Erster Abschnitt.

Von den Vermächtnissen.

§. 81.

Nachdem ich in fünf Abschnitten die Lehre von letztwilligen Anordnungen, der Erbeseinsetzung, der Form der Testamente, dem Pflichttheil und den Substitutionen bearbeitet und den Edictalentwurf hiernach abgefaßt habe, kommt nun die Reihe an die Vermächtnisse — die Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens und die Besitznehmung der Erbschaft.

Ich würde eine überflüssige Arbeit unternehmen, wenn ich in der Materie von den Legaten die römische Theorie vollständig zergliedern, und die verschiedenen, dem Scharfsinn der damaligen Legislatoren zwar Ehre bringenden, aber in Sophisterei ausartenden mannichfaltigen Gattungen von Legaten und die dabei eintretenden Rechtsverhältnisse vortragen wollte, da vorzugsweise das österr. G. B. im Allgemeinen die römische Gesetzgebung zum Grunde legend, diese Rechtslehre im zweiten Theil, eilften Hauptstück lobenswerth durchgeführt und bestimmt hat; ich sage vorzugsweise, weil ich im preuß. L. R. dieselbe nicht systematisch bald im Titel von

Testamenten und Codizillen, bald in dem von Bestätigung der Vormünder oder bei anderen Materien abgehandelt, in unseren Landesstatuten aber sie nur leise berührt finde. Nach sorgfältiger Prüfung der im österr. Coder ausgesprochenen Grundsätze glaube ich dieselben zwar nicht durchgängig, doch größtentheils als der Natur des Gegenstandes anpassend zur Aufnahme empfehlen zu können; denn indem das Gesetzbuch nicht in den zu begehen beinahe unmöglichen Fehler verfällt, alle Fälle, unter welchen ein Legat vermacht werden kann, entscheiden zu wollen, zeichnet es nur die, den verschiedenen Arten von Vermächtnissen zum Grunde liegenden Principien als Leitfaden vor, und ich hoffe der Oberflächlichkeit nicht beschuldigt zu werden, wenn ich mit jedesmaliger Beziehung auf die römische und preußische Legislation, und mit Hinweisung auf Zeillers und Scheidleins Handbuch meine Bemerkungen zu den einzelnen Paragraphen, und die hin und wieder mir nöthig scheinenden Grundsätze und Abänderungen weiterer Beurtheilung unterwerfe.

§. 82.

Begriff des Vermächtnisses, von wem, wie und wem wird legirt?

Ein im letzten Willen jemand zugedachter Erbtheil, der sich nicht auf den ganzen Nachlaß bezieht, sondern eine einzelne Sache, eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, eine Summe oder ein Recht bezielt, heißt ein Vermächtniß (Legat), wenn auch dessen Werth den größten Theil der Verlassenschaft ausmacht. Derjenige, dem es hinterlassen wurde, kann gegen die Absicht des Testators nicht als Erbe, sondern nur

als Vermächtnißnehmer (Legatar) betrachtet werden. Es können ein oder mehrere in gleichen oder ungleichen Beträgen eingesetzte Miterben oder Nacherben damit beschwert werden. fr. 92. §. 2. D. 30.

Zur Gültigkeit eines Vermächtnisses wird erfordert, daß es von einem fähigen Erblasser, einer Person, die zu erben fähig ist (denn ein Erbunwürdiger kann auch kein Legat erwerben), durch eine gültige letzte Willenserklärung hinterlassen werde. (Cd. Entw. §. 101. 102.)

§. 83.

Wer kann mit den Vermächtnissen beschwert werden?

Wenn der Erblasser einem oder mehreren Miterben ein Vermächtniß voraus bestimmt (Prälegat); so sind sie in Rücksicht desselben nur als Legatare zu betrachten. Oesterr. G. B. §. 648. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 262—272. Das römische Recht nimmt den folgereichen Satz an: Der Miterbe bekommt nur einen Theil des Prälegats als Legatar, den andern Theil bekommt er als Erbe, und zwar einen eben so großen Theil, wie er von der Erbschaft erhält, bekommt er auch als Erbe vom Prälegat. Dies ist aber nur von dem Fall zu verstehen, wenn das Prälegat einem Miterben aus der ganzen Erbmasse verlassen ist; soll dagegen ein Miterbe von seiner Erbportion das Prälegat dem andern Miterben zahlen; so bekommt der Miterbe das Legat als Legatar, trägt also davon nichts an den Erbschaftsschulden. S. Höpfner Comment. §. 558, S. 524. Beim Prälegat liegt die Absicht des Testators im Allgemeinen darin, daß der, dem etwas voraus vermacht wird, als Legatar, nicht

als Erbe betrachtet werden soll. Dies zum Grunde gelegt, bleibe ich, ohne mich an die römische Distinction zu binden, bei dem oben aufgestellten Grundsatz stehen.

Die von der Verlassenschaft abzuziehenden Vermächtnisse fallen in der Regel allen Erben, nach Maasgabe ihrer Erbtheile, zur Last, auch selbst in dem Falle, wenn eine dem Miterben zugehörige Sache vermacht worden ist, weil sie der Erbe zu erwerben oder den billigen Werth dem Legatar zu vergüten schuldig ist. §. 4. I. 2, 24. (Ed. Entw. §. 104.)

§. 84.

Ein mehreren eingesetzten Erben zu ungleichen Theilen, ohne Bestimmung der Antheile hinterlassenes Vermächtniß fällt allen zu gleichen Theilen zu. fr. 67. §. 1. D. 30. Der Erblasser ist nicht gebunden, die Abführung eines Legats einem Miterben aufzutragen, er kann auch einen Legatar damit beschweren. Omnes ad quos aliquid ex voluntate defuncti pervenit, pr. J. 2, 24. (Ed. Etw. §. 105.)

§. 85.

Wird dem Legatar ein Gegenstand gegen Entrichtung einer Sache, oder umgekehrt, vermacht, und er nimmt das Vermächtniß an; so kann er sich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen weiteren Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm vermachten Legats übersteige, nicht entschlagen, weil er durch die Annahme des Legats den Willen des Erblassers anerkannt hat. Nimmt er aber das Legat nicht an; so muß derjenige, dem es zufällt, den Auftrag übernehmen, oder das ihm zugefallene Vermächtniß dem

darauf gewiesenen Vermächtnißnehmer überlassen. Nach römischem Recht kann, wenn eine Sache frei, die andere onerös legirt worden ist, die letztere ohne die erstere nicht ausgeschlagen werden. fr. 5. pr. et §. 1. D. 31. Der Fall, den dies Gesetz unterstellt, wenn eine gewisse Summe und ein Sclave, unter der Bedingung ihn frei zu lassen, vermacht wurde, wo der Sclave nicht ausgeschlagen und die Summe angenommen werden kann, weil der Erbe von beiden die falcidische Quart abzuziehen befugt seyn soll, paßt nicht auf unsere Zeiten. Dem Legatar muß es frei stehen, bei mehrern Legaten das belästigte auszuschlagen. Nimmt er das belästigte Legat nicht an; so muß derjenige, dem es zufällt, den Auftrag übernehmen, oder das ihm zugefallene Vermächtniß dem darauf gewiesenen Vermächtnißnehmer überlassen, der alsdann statt dessen, was ihm hätte geleistet werden sollen, unmittelbar das Vermächtniß bekommt. Oesterr. G. B. §. 650. (Ed. Entw. §. 106.)

§. 86.

Der Erblasser, welcher ein Legat einer gewissen Classe von Personen, als Verwandten, Dienstpersonen oder Armen zugedacht hat, kann die Vertheilung, wem oder welchen Personen es zufallen soll, dem Erben oder einem Dritten überlassen. Hat der Erblasser hierüber nichts bestimmt; so bleibt die Wahl den Erben vorbehalten, weil er die Befolgung des letzten Willens zu besorgen hat, wenn nicht eine gesetzliche Bestimmung vorhanden ist. (Ed. Entw. §. 106.)

§. 87.

Substitutionen bei Vermächtnissen.

Der Erblasser kann bei einem Vermächtnisse eine gemeine oder eine fideicommissarische Substitution anordnen, dabei sind die im fünften Abschnitt gegebenen Vorschriften anzuwenden. Oesterr. G. B. §. 652. (Ed. Entw. §. 107.)

§. 88.

Gegenstand eines Vermächtnisses.

Alles, was im gemeinen Verkehr steht, gegenwärtig und künftig existirende Sachen, in sofern sie erzeugt werden, z. B. ein Stückfaß von der künftigen Weinlese, Rechte, Arbeiten und Handlungen, die einen Werth haben, z. B. das erste in einer Silberfabrik verfertigte Stück, können vermacht werden. fr. 112. §. 3. fr. 113. §. 5. D. 30. Künftige Sachen (füge ich hinzu) müssen, sobald sie zur Wirklichkeit kommen, vom Erben gewährt werden.

Wenn eine Sache vermacht wird, die zwar im gemeinen Verkehr steht, die aber der Legatar für seine Person zu besitzen unfähig ist (z. B. einem Juden ein Grundstück), so muß ihm der Erbe den Werth vergüten. Dies ist gemeinrechtlich, fr. 114. D. 30. Das preuß. L. R. sagt zwar Th. 1. Tit. 12. §. 452, der Erbe müsse ihm so viel Recht daran einräumen, als er nach den Gesetzen erlangen könne, wenn aber die Gesetze den Legatar zum Erwerb der vermachten Sache für unfähig erklären, so kann ihm der Erbe auch nicht das geringste Recht daran einräumen, sondern er muß ihm den Werth vergüten. (Ed. Entw. §. 108. 109.)

§. 89.

Allgemeine Auslegungsregeln.

Den römischen Grundsatz: verba ambigna naturaliter potius quem civiliter intelligi debent, et interpretationi ejus staudum, qui sermonem protulit, befolgt der österr. Coder §. 655 bei Auslegung der Vermächtnisse, indem er verordnet, daß Worte in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen, also grammatisch interpretirt werden sollen, es müßte denn bewiesen werden, daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eignen Sinn zu verbinden gewohnt gewesen sey, oder wenn sonst das Vermächtniß auf ungereimte Resultate führen, oder ohne Wirkung seyn würde, in welchem Falle die logische Interpretation eintritt *). (Cd. Entw. §. 110.)

§. 90.

Besondere Vorschriften über das Vermächtniß. a) Von Sachen einer gewissen Gattung.

Ganz übereinstimmend mit dem preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 388—393 verordnet das österr. G. B. §. 656, daß, wenn der Erblasser eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, aber ohne eine nähere Bestim-

---

*) Zachariä im Handb. des franz. Civilr. B. 4. §. 608 sagt: »Im Zweifel ist ein Legat eher gegen den Legatar, »als gegen den Erben auszulegen, in Betracht, daß es als »eine Ausnahme von der Rechtsregel, nach welcher der Erbe schlechthin an die Stelle des Verstorbenen tritt, zu betrachten ist.« Das ist richtig. Denn kann man dem Willen des Erblassers weder durch die grammatische, noch durch die logische Interpretation zu Hülfe kommen; so ist das Legat für nicht vermacht zu achten.

mung vermacht und mehrere dergleichen Sachen in der Verlassenschaft vorhanden sind, dem Erben die Wahl, wenn sie ihm überlassen werde, zustehe, dieser jedoch ein Stück wählen müsse, das dem Legatar brauchbar sey; wenn aber der Erblasser dem Legatar die Wahl gelassen habe, eine von den mehrern Sachen zu nehmen, er die beste wählen könne. fr. 2. §. 1. D. 33, 5. Hat der Testator nicht bestimmt, wer wählen soll; so wählt nach römischem Recht der Erbe; doch darf er nicht die schlechteste Sache wählen. fr. 45 et 110. D. 30. Ich nehme diese Dispositionen in der Art gesetzlich an, daß in allen Fällen, auch alsdann, wenn dem Legatar die Wahl überlassen worden ist, dieser nur eine solche Sache erhalten kann, wovon er Gebrauch zu machen im Stande ist, weil, wenn der Erblasser gewollt hätte, daß der Legatar die beste Sache erhalten sollte, er ihm diese besonders vermacht haben würde.

Vermacht der Erblasser eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung ausdrücklich nur aus seinem Eigenthum, und es finden sich dergleichen gar nicht in der Verlassenschaft; so verliert das Vermächtniß seine Wirkung. Wenn ich z. B. mein Reitpferd vermache, das zur Zeit meines Ablebens sich finden wird (legatum speciei), und es findet sich keins in der Verlassenschaft; so kann der Legatar keins fordern. Finden sich die bestimmt aus dem Eigenthum des Erblassers vermachten Sachen nicht in der verordneten Menge; so muß sich der Legatar mit den vorhandenen begnügen. Z. B. ich vermache dem Legatar die auf meinem Boden vorräthig liegenden 100 Malter Korn, und es finden sich nur 60 Malter vor; so muß er sich damit begnügen. Hier das legatum quantitatis. (Ev. Entw. §. 111. 112.)

§. 91.

Wenn aber der Erblasser eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung nicht ausdrücklich aus seinem Eigenthum vermacht, z. B. eine (nicht meine) goldne Uhr, und es finden sich dergleichen Sachen nicht in der Verlassenschaft; so muß sie der Erbe nach römischem und österr. Recht (§. 658) in einer, dessen Stand und Bedürfnissen angemessenen Eigenschaft anschaffen. Höpfner Comment. §. 569. Legirt der Erblasser eine gewisse Geldsumme, und es findet sich in der Verlassenschaft nicht so viel baares Geld, so muß es der Erbe anschaffen, und von Ablauf der Ueberlegungszeit das nicht gezahlte verzinsen. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 328. (Cd. Entw. §. 113.)

§. 92.

Der Erblasser kann die Auswahl, welche Sache unter mehreren der Legatar haben soll, auch einem Dritten überlassen. Dieser kann alsdann, gleich als ob dem Legatar die Wahl überlassen wäre, nicht die beste, allein eine solche Sache wählen, wovon Letzterer Gebrauch machen kann. Will der Dritte nicht wählen, so überläßt in diesem Fall das römische und preuß. L. R. a. a. O. §. 395 die Wahl dem Legatar, der aber dann nicht die beste Sache wählen darf. const. 3. §. 1. C. 6, 43. Allein zweckmäßiger verordnet das österr. G. B. §. 659, daß, wenn der Dritte nicht wählen wolle, oder verstorben sey, alsdann die Gerichtsbehörde mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfniß des Legatars, das Legat bestimmen und daß diese gerichtliche Bestimmung auch in dem Falle eintreten solle, wenn der Legatar vor der ihm überlassenen Auswahl gestorben sey. Ist einmal

eine Sache gewählt; so kann davon nicht wieder abgegangen werden. fr. 20. D. 33, 5 beschränkt dies zwar nur auf den Legatar; der Erbe oder ein Dritter, wenn er für den Legatar gewählt hat, kann aber auch nicht davon abgehen, und vielleicht eine schlechtere Sache auswählen wollen; allein in allen Fällen, wo der Erbe wählt, ist dieser zur Gewährleistung für die gegebene Sache verbunden, weil er die Erbschaftsstücke kennen muß und gerade nicht die schlechteste Sache wählen darf. Der Erbe ist aber dann, wenn der Legatar oder ein Dritter wählt, keineswegs für die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache haftbar. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 397. 398. fr. 29. §. 3. D. 32. (Ed. Entw. §. 114. 115.)

§. 93.

b) Das Vermächtniß einer bestimmten Sache.

Wird ein Vermächtniß einer bestimmten Sache in einer oder in verschiedenen Anordnungen wiederholt; so kann sie vom Legatar nicht zugleich in Natur und zugleich dem Werthe nach verlangt werden. Z. B. ein mehrmals vermachtes Haus, wenn der Erblasser nur eins besitzt. fr. 66 §. 5. D. 31. const. 1. §. 11. C. 6, 51. fr. 21. §. 1. D. 32. fr. 42. §. 1. in f. D. 7, 1. Das Vermächtniß kann also nur einmal begehrt werden, entweder die Sache oder der Werth. Bei wiederholten Summenvermächtnissen in zwei gleichzeitigen Testamenten ist immer die geringste anzunehmen. fr. 47. D. 31. Wenn nun aber der österr. Codex §. 660 sagt:

»Andere Vermächtnisse, ob sie gleich eine Sache der »nämlichen Art, oder den nämlichen Betrag enthalten, »gebühren dem Legatar so oft, als sie wiederholt wor»den sind;«

so zielt dies nach Zeillers Commentar und Scheidleins Erklärung auf Gattungs- und Summenvermächtnisse. Bei wiederholten Gattungs- und Summenvermächtnissen giebt aber das römische Recht fr. 34. §. 3. 5. 6. D. 30. und fr. 22. pr. D. 32 die Regel:

Si quis in principio testamenti, adscripserit, cui bis legavero, semel deberi volo, postea eodem testamento vel codicillis *sciens* saepe eidem legaverit; suprema voluntas potior habetur, nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habebit, si *specialiter* dixerit, *prioris voluntatis sibi poenituisse et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat*,

und in dem zuerst angeführten Gesetz §. 6 sagt Ulpian:

Proinde, et si quid aliud est, quod pondere, numero mensura continetur, saepius relictum, idem erit dicendum. id est saepius deberi, si hoc testator voluerit.

Ich unterscheide mit *Voet* Comment. T. II. p. 340. nr. 34, ob das Legat in einer oder in mehreren letzten Willenserklärungen wiederholt worden ist. Im ersten Fall muß vermuthet werden, der Testator sey zerstreut gewesen, in ein und dem nämlichen Testament ein Legat zu wiederholen; hier gebührt dem Legatar das Vermachte nur einmal, und zwar die geringste Summe. Anders verhält es sich; wenn das Legat im Testament und nachher im Codizill wiederholt worden ist; hier streitet die Vermuthung, daß der Testator dem Legatar das Vermächtniß doppelt habe zuwenden wollen, und der Beweis des Gegentheils trifft den Erben. (Cd. Entw. §. 117.)

§. 94.

War eine vermachte Sache zur Zeit der letzten Anordnung schon im Eigenthum des Legatars; so ist nach der Catonianischen Regel das Legat ungültig, wenn sie auch zur Zeit des Todes des Testators schon veräußert wäre. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 323. §. 10. I. 2, 20. Hat er die Sache nach errichtetem Testament an sich gebracht; so wird ihm der ordentliche Werth erstattet, oder ruhte auf der vermachten Sache ein Recht des Testators, z. B. superficies, canon emphitenticus, ein Pfand; so wird solches für erlassen gehalten. fr. 86. §. ult. fr. 71. §. pen. D. 30. fr 66. §. 6. fr. 1. §. 1. D. 34, 3. *Voet* Comment. L. XXXII. T. un. §. 29. Hat der Legatar die Sache vom Erblasser selbst empfangen; so ist das Vermächtniß für aufgehoben zu betrachten. Hellfeld a. a. O. §. 1519. Edit. Oelze. (Ed. Entw. §. 117.)

§. 95.

c) Einer fremden Sache.

Das Vermächtniß einer fremden Sache, die weder dem Erblasser, noch dem Erben, noch dem Legatar gehört, ist ungültig, weil zu vermuthen ist, der Erblasser würde sie nicht vermacht haben, wenn er gewußt hätte, sie sey nicht sein. Gebührt den erwähnten Personen ein Antheil oder Anspruch an der Sache, oder ist sie gemeinschaftlich; so ist das Vermächtniß nur von diesem Antheile oder Anspruche zu verstehen. fr. 71 — 74. D. 30. Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten. Preuß. L. R. a. a. O. §. 325. Hatte der Erblasser gar keinen Antheil an der vermachten Sache,

und er verordnet ausdrücklich den Ankauf derselben; so so muß sie der Erbe ankaufen, oder dem Legatar im Schätzungspreise den Werth ersetzen. Das römische Recht drückt sich sonderbar hierüber aus. fr. 39. §. 7. D. 30 sagt:

Constat etiam res alienas legari posse, utique si parari possint: etiam si difficilis earum paratio sit.

§. 4. I. 2, 20 redet deutlicher:

Non solum autem testatoris vel heredis res; sed etiam aliena legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam et praestare vel si non potest redimere aestimationem ejus dare. Quod — ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat. Forsitan enim, si scisset alienam, non legasset.

Der Erblasser muß es also gewußt haben, daß er eine fremde Sache vermache, wenn das Legat gültig seyn soll, und diesen Beweis muß im Contestationsfall der Legatar führen, wenn Marcian *) sagt: Verius esse existimo, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum. Das französische G. B. verwirft zwar Art. 1021 diese ganze Theorie, indem es das Vermächtniß einer fremden Sache überhaupt für nichtig erklärt, der Testator möge gewußt haben oder nicht, daß ihm die

*) *Oelrichs* in diss. de vita, studiis, honoribus et scriptis Aelii Marciani. Traj. ad Rhen. 1754, Sect. II. cap. 1. §. 2. der die Fragmente, die aus den neun ersten Büchern der Institutionen des Marcian in den Pandecten noch übrig sind, gesammelt hat. Alle 16 Bücher aber hat Heineccius in opp. posthum. p. 588—599 restituirt.

Sache nicht gehöre. Wenn aber der Testator deren Ankauf ausdrücklich verordnet; so ist in einem solchen Vermächtniß ein Compelle für den fremden Eigenthümer zu suchen, die Sache dem Legatar zu überlassen, und man kann nicht sagen, daß, wenn derselbe sie nicht hergeben wolle, das Legat nichtig sey, weil es offenbar die Absicht des Testators war, den Legatar zu begünstigen, daher in diesem Fall der Erbe den Schätzungspreis dem Legatar zu vergüten hat. Der §. 118 des Cd. Entw. harmonirt im Wesentlichen mit dem §. 662 des österr. Gesetzbuchs.

§. 96.

d) Einer Forderung.

Das Vermächtniß einer Forderung, die der Erblasser an den Legatar zu machen hat, verpflichtet den Erben, den Schuldschein zurückzustellen, oder dem Legatar die Befreiung von der Schuld und den rückständigen Zinsen auszufertigen. Hier das legatum liberationis einer Activschuld. Geigers und Glücks Rechtsfälle 1. B. 2. Fall. Schuldet der Legatar dem Erblasser nichts; so ist das Legat ungültig. Gebrüder Overbeck Meditat. 432. Vermacht der Erblasser eine Forderung, die er an einen Dritten zu machen hat (legatum nominis); so muß der Erbe die Forderung sammt den rückständigen und weiter laufenden Zinsen dem Legatar überlassen. Der Legatar kann hier, ohne daß es einer Cession des Erben bedarf, gegen den Schuldner klagen. const. 18. C. 6, 37. Der Erbe haftet aber dem Legatar nicht für die Schuld. *Leyser* spec. 393. Med. 1, 2. Bezahlt der Schuldner die Forderung nach dem Zeitpunct des vermachten Legats, nicht aus eigenem Antriebe, sondern

auf die Anmahnung des Erblassers an letzteren; so verliert das Legat seine Wirkung. Wird aber die Schuld durch Gegenforderungen, die nach diesem Zeitpunct entstanden sind, und worüber der Erblasser mit dem Schuldner sich nicht berechnet hatte, aufgehoben; so gebührt dem Legatar der Betrag des Vermächtnisses. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 411—413. fr. 23. D. 34, 4. Der Grund dieser Disposition ist, weil der Erblasser seinen Willen nicht geändert hat. Es wird davon im folgenden Abschnitt die Rede seyn Ich wende mich zum legato debiti.

Das Vermächtniß einer Passivschuld, die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat, hat die Wirkung, 1) daß der Erbe die vom Erblasser bestimmt ausgedrückte, oder vom Legatar ausgewiesene Schuld anerkennen, und sie, ohne Rücksicht auf die in der Schuldverschreibung enthaltenen Bedingungen oder Fristen, längstens in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen muß. Z. B. wenn der Erblasser sub conditione oder ex die schuldig war, und er vermacht es dem Gläubiger pure, oder es kann 2) die Wirkung darin liegen, daß ich durch das Legat eine Hypothek erlange, da meine Forderung blos personell war, oder 3) daß eine zweifelhafte Forderung, die vom Gläubiger schwer zu erweisen seyn möchte, durch das Legat liquid wird. §. 14. I. 2, 20. fr. 11. fr. 14. D. 34, 3. fr. 28. pr. D. 30. Gefährdet dürfen aber die übrigen Gläubiger durch ein solches Legat nicht werden; denn wenn auch der Erbe dadurch die Schuld anzuerkennen genöthigt wird; so erregt sie doch (besonders wenn sie nicht vollkommen liquid seyn sollte) den Verdacht einer Schenkung von Todes wegen, die der Erblasser zum Nachtheil seiner Gläubiger nicht machen kann. Hat der Erblasser die

Schuld nicht bestimmt ausgedrückt, muß sie also vom Legatar ausgewiesen werden; so wird auf die in der Schuldverschreibung enthaltene Frist und Bedingungen keine Rücksicht genommen, weil der Erblasser will, daß die Schuld als Vermächtniß bezahlt werden soll.

§. 97.

Daß die Erlassung oder das Vermächtniß einer Forderung an den Legatar nur von den gegenwärtigen, nicht auch von denen erst nach dem errichteten Vermächtniß entstandenen Schulden zu verstehen ist, versteht sich von selbst, da diese kein Gegenstand der Vorstellung des Erblassers und seines Willens seyn konnten; es bedarf dies keiner Bestimmung. Wenn durch ein Vermächtniß das Pfandrecht oder die geleistete Bürgschaft erlassen wird; so folgt vernünftig nicht, daß auch die Schuld selbst erlassen worden sey, die ohne Pfand und ohne Bürgen bestehen kann, es ist species legati liberationis. Werden die Zahlungsfristen verlängert; so müssen doch die Zinsen bezahlt werden. Die Fristenverlängerung ist von der Zinsenzahlung sehr verschieden.

§. 98.

Wie aber, wenn der Erblasser einer Person eine Summe schuldet und ihr eine gleiche Summe vermacht, ist dann rechtlich zu vermuthen, daß er die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen? Keineswegs. Justinian entscheidet diesen Fall, const. un. §. 3. C. 5, 13, dergestalt, daß, wenn der Mann seiner Frau den Brautschatz und ein Legat von gleicher Summe vermacht, sie beides zu fordern berechtigt seyn solle.

Ita ut uxor (heißt es) et a marito relicta recipiat,

et dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit: cum manifestissimum sit, testatorem, qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi.

Der Erbe bezahlt in diesem Falle die Summe doppelt, einmal als Schuld, und dann als Vermächtniß, indem das Zusammentreffen gleicher Summen einem Zufall zuzuschreiben ist. Dem Erben bleibt es aber zu beweisen unbenommen, daß der Erblasser die Schuld durch das Vermächtniß habe tilgen wollen. *Voet* Comment. L. XXXIV. T. 3. nr. 9.

§. 89.

Das Vermächtniß aller ausstehenden Forderungen begreift zwar nach römischem Recht die verhypothezirten Schuldverschreibungen in sich, fr. 222. D. 50, 16, keineswegs aber sind darunter die Schuldforderungen an den Staat aus öffentlichen Creditspapieren, z. B. Kammer- oder Staatsobligationen, begriffen, *Voet* Comment. Lib. XXX. Tit. un. ur. 18, weil diese als Staatsgeld gewöhnlich nicht zum Verkehr, wie die laufenden Forderungen, sondern um die davon abfallenden Zinsen zum Gebrauch zu verwenden bestimmt sind, mithin nicht zu vermuthen ist, daß der Erblasser dieselben, wenn auch die österr. Obligationen au porteur stehen, darunter gemeint habe. Das römische *legatum calendarii* *) oder nominum universitas legata ist ganz

---

*) Der Calendarius enthielt rationes domesticas, es waren eigentlich tabulae accepti et expensi, die jeder Paterfamilias führte und den Beweis von rechtlichen Verhandlungen und Verhältnissen sicherten. Der zu Justinians Zei-

verschieden von dem Legat aller ausstehenden Forderungen. Die Gebr. Overbeck Meditat. 489 haben diesen Worten mit Recht eine restrictive Auslegung gegeben, und wenn ich §. 64 des Edictalentwurfs über die gesetzliche Erbfolge die auf Immobilien haftenden Rechte, Activ- und Passivforderungen, in sofern sie als Capital zum Fond des Vermögens gehören, dem unbeweglichen Gut beigezählt habe; so kann ich diese unter dem Vermächtniß aller ausstehenden Forderungen nicht mit begreifen. Noch weniger aber gehören darunter die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen, z. B. die von einem Grundstück zu beziehenden jährlichen Renten. Das Legat des baaren Geldes begreift aber ausstehende Forderungen nicht in sich. fr. 78. §. 1. fr. 92. §. 1. D. 32. *Lauterbach* colleg. theor. pract. L. XXXIV. Tit. 2. §. 3. (Ed. E. §. 119—124.)

---

ten vielleicht schon zu einer Antiquität herabgesunkene contractus nominum oder die obligatio litterarum hing, wie es scheint, mit den rationibus domesticis genau zusammen. Den Vorschuß, welchen man seinem Mitbürger wirklich geleistet hatte, oder welchen er als empfangen anerkannte, zeichnete man auf seine tabulae, auf den Namen des Schuldners, als ein expensum ein, der Schuldner erkannte ihn dagegen in seinen tabulis auf den Namen des Gläubigers als ein acceptum an, und damit war der Contract geschlossen. So heißt es in fr. 39. §. 8 26, 7. »*pecuniam in calendarium convertere*« Geld ausleihen, in die Rechnung schreiben. M. s. von Almendingen über die *rationes domesticas* der Römer zu den Zeiten der freien Republik, in Grolmanns Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts u. der Gesetzgebung, 2ten Bandes 2tes Stück S. 169.

§. 100.

c) Des Heirathsguts.

Das Heirathsgut kann von der Gattin dem Gatten vermacht werden, um Letzteren von der Zurückbezahlung desselben zu befreien (legatum liberationis), oder der Gatte kann solches der Gattin vermachen, um den Erben zu verpflichten, daß er der Frau die als Heirathsgut eingebrachte Summe oder Sache ohne Beweis der Illation und ohne Abzug der darauf verwendeten Kosten abführe (praelegatum dotis). Ist in diesem Falle die eingebrachte Summe oder Sache bestimmt vermacht; so gebührt der Frau das legirte Heirathsgut, wenn sie auch gar nichts eingebracht hat. fr. 6. §. 1. fr. 8. D 33, 4. Ist nichts bestimmtes vermacht; so muß die Frau die Illation beweisen. §. 15. I. 2, 20. fr. 75. §. 1. D. 30.

Vermacht der Erblasser einer dritten Person ein unbestimmtes Heirathsgut; so versteht man darunter ohne Rücksicht auf ihr eigenes Vermögen ein solches Heirathsgut, wie es der Vater dieser Person bei mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande abzureichen schuldig wäre. Es wird dabei nicht auf das Vermögen des Erblassers, sondern auf das des Vaters der Braut, dessen Stelle ersterer vertreten wollte, Rücksicht genommen. Preuß. L. R. a. a. O. §. 447, und ein mittelmäßiges Vermögen des Letzteren zum Grunde gelegt, weil das Vermögen des Vaters der Braut bald größer, bald geringer seyn kann, und ein unbestimmtes Heirathsgut meistens nur dann, wenn der Vater todt oder mittellos ist, vermacht wird. Heirathet die Braut nicht; so fällt das Legat, da die Bedingung nicht erfüllt wurde, weg, fr. 21. D.

23, 3. fr. 71. §. 3. D. 35, 1, wenn nicht der Vater durch das, einer Tochter zugedachte Vermächtniß des Heiraths-guts eine Gleichstellung mit den ausgestatteten Töchtern beabsichtigte. *Berger* Oec. jur. Lib. II. Tit. 4. §. 26. not. 1. *Hellfeld* l. c. §. 1537.

Vermachen Eltern ihren Töchtern ein Heirathsgut; so wird solches, wenn es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtniß erklärt worden ist, in den gesetzlichen oder letztwilligen Erbtheil eingerechnet. S. §. 84 oben. (Ed. Entw. §. 25—27.)

§. 101.

f) Des Unterhalts, der Erziehung oder Kost.

Wenn das römische Recht unter Alimenten, Kost, Kleidung und Wohnung, Aufsicht und Erziehung versteht, fr. 6. 7. 23. D. 34, 1; so sind unter dem Legat des Unterhalts alle diese Gegenstände nebst dem Unterricht und den Arzneien, unter dem Legat der Kost aber ist auch nur blos diese auf die Lebenszeit des Legatars begriffen. Ergiebt sich das Maaß des vermachten Unterhalts nicht aus dem ausdrücklichen oder stillschweigenden, durch die bisherige Unterstützung erklärten Willen des Erblassers; so muß es nach dem Stande bestimmt werden, der dem Legatar eigen ist, oder wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist. fr. 5. 10. §. 22 pr. 36, 2. Preuß. L. R. a. a. O. §. 441—444. Oesterr. G. B. §. 672. 673. Die Erziehung, worunter alles das, was der Unterhalt in sich begreift, verstanden wird, endigt sich in der Regel mit der Volljährigkeit. *Voet* Comment. Lib. XXXIV. Tit. 1. nr. 4. Ich sage in der Regel, und nicht wie das österr. G. B. §. 672 unbedingt, weil der Legatar durch die genossene Erziehung

und den dadurch gewählten Stand auch früher den Unterhalt sich verschaffen kann, in welchem Fall es der gesunden Auslegung eines solchen Legats widerstreben würde, den Erben damit bis zur Volljährigkeit des Legatars zu beschweren. (Ed. Entw. §. 128. 129.)

§. 102.

g) Der Mobilien — des Hausraths.

Dem Legat der Mobilien (wenn der Erblasser darüber keine Einschränkung macht) giebt das römische Recht eine weite Ausdehnung. Es begreift darunter alles bewegliche Gut, verkäufliche Waaren und das baare Geld, wenn es auch zum Ausleihen oder Anschaffung eines unbeweglichen Gutes bestimmt war, welches letztere nur allein bei Minderjährigen eine Ausnahme leidet. fr. 3. §. 6. D. 27, 4. *Voet* l. c. nr. 18. Dann unterscheidet es aber hiervon das suppellectile legatum, das Hausgeräthe, und begreift darunter sogar Geld und Silbergeschirr *), wovon der Art. 524 des franz. Civilgesetzbuchs diese Gegenstände, so wie Edelsteine, Bücher, Kunst- und Handwerkszeug ausdrücklich ausnimmt, wenn nämlich das Wort Hausgeräthe ohne weiteren Zusatz vorkommt. Das preuß. L. R. übergeht das Legat der Mobilien, weil es ebenfalls den Begriff derselben Th. 1. Tit. 2. §. 18. bestimmt auf Möbels, Hausrath und Geräthschaften ausdehnt. Wenn aber die Worte, die ein Vermächtniß ausdrücken, einer strengen Auslegung unterliegen und nach dem Sprachgebrauch unter Mobilien (Meubles) nur die zum anständigen Gebrauch einer Wohnung gehörigen Geräthschaften, unter Hausrath

*) *Hellfeld* jurisprud. for. §. 1546.

aber diejenigen, die zur Führung einer Haushaltung bestimmt sind, gerechnet werden können; so hat der öster. Codex §. 674 diesen Unterschied glücklich zu finden und hiernach das Legat der Mobilien und des Hausraths zu trennen und zu bestimmen gewußt. Das Werkzeug zum Betrieb eines Gewerbes gehört aber offenbar zu den Mobilien. (S. den Cd. Entw. über die gesetzliche Erbfolge §. 65.) Es bedarf also nicht, wie es der §. ausspricht, der besonderen Bestimmung des Erblassers, ob es darunter zu zählen sey. (Cd. Entw. §. 130.)

§. 103.

h) Eines Gutes mit dem Inventarium.

Unter einem mit dem Inventarium vermachten Gut wird nur das zu Bebauung des Gutes nöthige Inventarium, nicht das Haus- oder Wirthschaftsinventarium, also nicht das Hausgeräthe oder die Mobilien, die zur Bewohnung eines Hauses oder zu Führung einer Wirthschaft darin andienen, verstanden. *Lauterbach* coll. theor. pract. L. XXXIII. Tit. 7. ur. 2. (Cd. C. §. 131.)

§. 104.

i) Eines Behältnisses.

Da sonst zu einer vermachten Sache in der Regel auch die Zubehörungen gerechnet werden, fr. 18. 24. §. 2. D. 30. fr. 91. §. 3. D. 32; so ergiebt sich von selbst die Vermuthung, daß bei einem nicht für sich bestehenden einen Theil des Ganzen bildenden Behältniß, das jemandem vermacht worden ist, z. B. ein Weinkeller im Hause, eine Gewehrkammer, auch diejenigen Stücke, die beim Ableben des Erblassers

darin sich vorfinden, und zu deren Aufbewahrung das Behältniß bestimmt und vom Erblasser dazu verwendet worden ist, aber auch nur diese, dem Legatar zugedacht worden sind, da sonst das Vermächtniß unnütz wäre. Hier bedarf es keines Vorbehalts des Beweises, daß diese oder jene Stücke ehedem im Behältniß sich vorgefunden haben, oder solches gewöhnlich vom Erblasser dazu verwendet worden sey. Der Zeitpunct des Ablebens des Erblassers giebt hier für den Anspruch eine feste Norm.

Besteht dagegen das Behältniß für sich, z. B. ein Schrank, eine silberne Urne; so hat der Legatar nur auf den Schrank und die Urne, aber nicht auf die in ersterem befindlichen Juwelen und auf die Gold- oder Silbermünzen, die in der Urne sich finden, Anspruch zu machen, weil solche Behältnisse ihren eignen Werth haben. Was der §. 677 in Uebereinstimmung mit dem preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 414 verordnet, bedarf keines Commentars; ich beziehe mich wegen der durchgreifenden Motive auf Scheidleins Handbuch, nur bemerke ich beim Vermächtniß flüssiger Sachen, daß auch das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 407 die Gefäße zu ihrer Verführung ihm beizählt. (Ed. Entw. §. 132 —134.)

§. 105.

k) Des Goldes, Silbers, und der Juwelen.

Das Legat des Goldes und Silbers begreift im römischen und österr. Recht das verarbeitete und unverarbeitete, allein nicht das ausgeprägte in sich. fr. 19. pr. D. 34, 2. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 2. §. 29. Was nach römischen Sitten im angeführten Pandectentitel

darunter gezählt wird, ist bei uns nicht anwendbar; es gehört aber darunter offenbar nicht das, was zur Verzierung eines anderen Verlassenschaftsstücks, z. B. einer Uhr mit goldenem Gehäuse, einer Dose, die mit Gold eingefaßt ist, andient, obgleich eine goldene Dose zum Legat gehört. Was der §. 679 des österr. G. B. darüber und über das zum Legat der Kleidungsstücke und der Equipage gehörige bestimmt, ist der Vernunft gemäßer, als wenn im Titel de auro argento legato alles mögliche, was den Körper bedecken kann und zu seiner Bequemlichkeit andient, diesem Vermächtniß beigezählt wird. (Ed. Entw. §. 135.)

§. 106.

l) Der Baarschaften.

Der §. 680 des österr. G. B., der von Creditspapieren redet, welche, in Umlauf gesetzt, die Stelle des baaren Geldes vertreten, leidet bei uns nur in sofern eine Anwendung, als z. B. von Bethmannischen fälligen Zinscoupons die Rede ist. Was unter Baarschaften verstanden wird, ist bereits §. 22 des Edict. Entw. über die Intestaterbfolge bestimmt; indessen muß das Legat der Baarschaften nothwendig das im Nachlasse vorgefundene baare Geld begreifen, da es sonst keinen Sinn haben würde. (Ed. Entw. §. 137.)

§. 107.

m) Begriff des Vermächtnisses für die Kinder.

Es ist bei der Lehre vom Pflichttheil bestimmt worden, daß unter dem Namen Kinder auch Enkel und Urenkel zu verstehen sind. Vernunftgemäß aber unterscheidet der §. 681 bei den Vermächtnissen, ob der Erb-

lasser seine eigenen oder fremde Kinder bedenkt. Im ersten Fall bleibt es bei der obigen Regel, im zweiten Fall hingegen wird vermuthet, daß der Erblasser gerade aus Zuneigung für diese Kinder nicht der weitern Nachkommenschaft das Vermächtniß bestimmt habe. Diese Distinction ist psychologisch richtig. Sind also fremde Kinder zur Zeit des Ablebens des Erblassers schon todt; so ist das für sie bestimmte Vermächtniß ohne Wirkung. (Ed. Entw. §. 138.)

§. 108.

n) Verwandten.

Wenn der Erblasser für seine Verwandten ohne nähere Bestimmung ein Vermächtniß aussetzt; so wird es denjenigen zugewendet, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind, weil nicht zu vermuthen ist, daß der Erblasser das Legat durch dessen Vertheilung unter alle seine Verwandte, deren oft sehr viele seyn können, habe wirkungslos machen wollen. Uebrigens ist in diesem Fall die im §. 19 oben über die Vertheilung einer Erbschaft unter solchen Verwandten, welche für eine Person angesehen werden, z. B. Bruders Kinder, gegen den Bruder des Erblassers aufgestellte Regel, billig auch auf ein Vermächtniß anzuwenden. (Ed. Entw. §. 139.)

§. 109.

o) Dienstpersonen.

Hinterläßt der Erblasser seinen Dienstpersonen ein Vermächtniß; so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß solches beziehungsweise auf den Lohn angerechnet werden solle. (C. civ. Art. 1023.) Das Legat wird vermacht,

entweder indem der Erblasser die Dienstpersonen durch ihre Namen kenntlich gemacht hat, oder durch die Benennung seiner Dienstpersonen im Allgemeinen. Im ersten Fall erhält die kenntlich gemachte Dienstperson das Legat. Wenn aber im zweiten Fall zur Zeit des Ablebens des Erblassers andere Personen in seinem Dienste stehen, als zur Zeit seines letzten Willens; so wird vermuthet, daß die wirklich im Dienste stehenden das Vermächtniß erhalten sollen, weil der Erblasser die Betrachtung, daß sie durch seinen Tod ihren Dienst verlieren, berücksichtigt hat. Die Art der Vertheilung der im Allgemeinen allen Dienstpersonen vermachten Summe oder Sache bleibt alsdann nach Vorschrift des §. 84 dem Erben oder einem Dritten überlassen. Es kann jedoch in den obigen Fällen die Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungen aufgehoben werden, wenn z. B. der Erblasser einem seiner Dienstleute, der ihm vieljährige treue Dienste geleistet, ein bedeutenderes Vermächtniß als den übrigen hinterlassen hat, dieser aber Alters wegen oder freiwillig nach errichtetem letzten Willen vor dem Tode des Erblassers außer Dienst getreten ist, oder aber, wenn er ihn auch, den ersten Fall unterstellt, nur dem Namen nach kenntlich gemacht hat, ein solcher treuer Diener mit dem zur Zeit des Todes des Erblassers im Dienste stehenden ein und denselben Namen führt. Deshalb ist der Nachsatz im §. 140 des Ed. Entw., der im Allgemeinen dieser stärkeren Vermuthungen gedenkt, nicht überflüssig.

§. 110.

Anfallstag der Vermächtnisse.

Die Vermächtnisse gehen nach röm. Recht *), wenn sie nicht durch Bedingungen eingeschränkt sind, sogleich mit dem Tode des Erblassers auf den Vermächtnißnehmer, und wenn dieser den ersteren nur einen Augenblick überlebt hat, auf die Erben des letzteren über, dies legati cedit. fr. 5. §. 1. 2. fr. 21. D. 36, 2. Nur ein vermachter Niesbrauch, Benutzung (usus) oder die Bewohnung eines Hauses wird erst von Zeit der angetretenen Erbschaft erworben. Von den bedingten Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen wird im folgenden Abschnitt die Rede seyn. Der Legate, des Niesbrauchs, der Benutzung und der Wohnung besonders zu erwähnen ist aber um so unnöthiger, da diese nach denen bei den Dienstbarkeiten anwendbaren Grundsätzen zu beurtheilen sind.

Das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 294 bestimmt ohne Unterschied die Uebergabe des Legats nach dem Ablauf der Deliberationsfrist von sechs Wochen. Dagegen erwirbt nach österr. Recht §. 684 der Legatar in der Regel gleich nach dem Tode des Erblassers für sich und seine Nachfolger ein persönliches Recht auf das Vermächtniß jus ad rem. Mögliche und erlaubte Bedingungen, von welchen der Erblasser das Legat abhängig gemacht hat, machen hier eine Ausnahme. Das Eigenthum jus in re erwirbt der Legatar bei beweglichen Sachen durch die Tradition, bei unbeweglichen aber durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher, in Oesterreich Intabulation genannt, (dies legati venit.)

---

*) Auch nach Art. 1014. §. 1. des C. civ. Oester. G. B. §. 684.

Da nach gemeinem Recht dem Legatar zu seiner Sicherheit ein ihm unstreitig einzuräumendes stillschweigendes Pfandrecht an dem Vermögen des Erblassers zusteht, const. 1. C. 6, 43; so wird dem Legatar einer unbeweglichen Sache, sie mag ihm unbedingt oder bedingungsweise hinterlassen worden seyn, durch die bei Normirung des Pfand- und Hypothekenrechts in Vorschlag zu bringende Vormerkung in dem Anhang zum Lagerbuch das volle, oder aber das bedingte Eigenthum gesichert werden können. Diese Vormerkung leistet dem Legatar die größte Sicherheit, daß der Erbe bis zu dem Zeitpunct, wo ihm die Uebergabe obliegt, das Legat nicht verpfändet, verändert oder gar veräußert, es ist daher im österr. G. B. §. 437 und 438 diese Vormerkung in den öffentlichen Büchern weise und nachahmungswürdig verordnet worden. (Ed. Entw. §. 141.)

§. 111.

Zahlungstag.

Nach röm. Recht ist, wie gesagt, der Anfalltag eines Legats der Tod des Erblassers, der Uebertragungstag der der angetretenen Erbschaft. fr. 81. §. 6. fr. 86. §. 2. D. 30 *). Der Legatar kann sich nicht eigenmächtig in den Besitz setzen. *Hellfeld* l. c. §. 1525. Nach österr. Recht §. 685 ist der Zahlungs- oder Uebertragungstag

---

*) Nach französischem Recht kann der Particularlegatar Zinsen und Nutzungen erst von dem Tage an fordern, an welchem er die Klage auf Ausantwortung des Legats angestellt oder solches gutwillig überkommen hat, Art. 1014 §. 2, wenn das Legat nicht Alimente zum Gegenstande hat. Art. 1015.

ein Jahr vom Tode des Erblassers angerechnet, wenn Letzterer nicht einen früheren bestimmt hat. Grund des Gesetzes ist, um dem Erben die Zeit zu lassen, das Legat herbeizuschaffen, und weil mit der Erbschaftsantretung die Befriedigung der Verlassenschaftsgläubiger und mehrere Abgaben und Kosten verbunden sind. Das Legat einzelner Verlassenschaftsstücke und darauf sich beziehender Rechte, kleine Belohnungen des Dienstgesindes und fromme Vermächtnisse können nach dem angeführten §. sogleich gefordert werden. Ich kann es nicht ganz hierbei belassen, und bestimme den Zahlungs- oder Ueberlieferungstermin auf drei Monate nach übertragenem Besitz der Erbschaft, um nach der Erbeserklärung, sie mag unbedingt oder nach vorgängiger Inventur geschehen seyn, dem Erben die Zeit zu lassen, die Erbschaftsstücke zu ordnen, und um nicht bei übereilter Ueberlieferung wegen späterhin vorgefundener Schulden zur Zurücklieferung des Vermächtnisses, wovon im letzten §. die Rede seyn wird, die Veranlassung zu geben. Die österr. Bestimmung eines Jahrs vom Tode des Erblassers kann zu kurz und zu lang seyn, da die dreimonatliche Deliberationsfrist nach Umständen verlängert werden kann, und wenn die Wohlthat des Inventars benutzt wird, diese oft Zeit erfordert. Kleine Belohnungen des Dienstgesindes und das Legat des Unterhalts, als dringende Vermächtnisse, können zwar sogleich nach dem Anfallstag gefordert werden, jedoch schließe ich von der alsbaldigen Anforderung einzelne Verlassenschaftsstücke und fromme Vermächtnisse gänzlich aus, da erstere von Bedeutung seyn können, und bei letzteren kein Grund vorhanden ist, eine Ausnahme zu machen. (Ed. Entw. §. 14.)

§. 112.

Bei dem Vermächtniß eines einzelnen Verlassenschaftsstücks, z. B. eines Hauses, eines Gartens, kommen dem Legatar auch die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen, entstandene Nutzungen, und jeder andere Zuwachs zu statten; dagegen ist es eben so gerecht, daß er auch alle auf dem Legat haftende Lasten, z. B. öffentliche Abgaben, und selbst, gleich dem Eigenthümer, den Verlust trägt. fr. 64. D. 47, 2. sagt: ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt. (Ed. Entw. §. 143.)

§. 113.

Ganz nach römischen Grundsätzen beurtheilt das öster. G. B. §. 687 das in wiederkehrenden Fristen, als alle Jahre, Monate u. dgl. zugedachte Vermächtniß, der Legatar erhält ein Recht auf den ganzen Betrag des Legats oder der bestimmten Frist, wenn er auch nur den Anfang der Frist erlebt hat. fr. 4. D. 33, 1. fr. 11, 12. pr. et §. 1. 3. 4. D. 36, 2. Dagegen kann der Betrag erst mit Ablauf der Frist gefordert werden, fr. 26. §. 2. ibid. Die erste Frist fängt auch nach den angeführten Gesetzen mit dem Sterbtage des Erblassers zu laufen an. Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus (cujus sententia vera est) plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale, si vivat, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire. fr. 4. D. 33, 1. (Ed. Entw. §. 144.)

§. 114.

Recht des Legatars zur Sicherstellung.

Der Legatar kann in allen Fällen, in welchen ein Gläubiger wegen seiner Schuld Sicherheit zu fordern

berechtigt ist, also nur dann, wenn Gefahr obwaltet, oder bei bedingten Legaten, die Sicherstellung seines Legats vom Erben verlangen. (Oesterr. G. B. §. 688.) Schon nach römischem Recht hat der Legatar eines bedingten Vermächtnisses das Recht, vom Erben Caution zu begehren. fr. 1. §. 1. D. 36, 3 sagt:

Semper enim satisdare cogitur cujuscunque sit dignitatis vel facultatium quarumcunque heres,

als wenn nicht die Erbmasse eben so gut haftbar, und nur die Gefahr zu berücksichtigen wäre. Allein dem Legatar einer unbeweglichen Sache muß es immer unbenommen bleiben, auch ohne Darthuung einer Gefahr die Pränotirung seines Legats in dem Lagerbuch auf ein unbewegliches Gut, entweder des Erblassers, oder des erklärten Erben anzusuchen, weil bis zur Erbeserklärung die Verlassenschaft, und nach derselben auch der Erbe dem Legatar haftet. (Ed. Entw. §. 145.)

§. 115.

Wem fällt ein erledigtes Vermächtniß zu?

Bei der Frage, wem ein Vermächtniß zufalle, welches der Legatar nicht annehmen kann oder will, ist zu unterscheiden: ob der Erblasser jemand substituirt hat, oder nicht. Im ersten Fall fällt es auf den Nachberufenen, im zweiten Fall, oder wenn der Nachberufene das Legat ausschlägt, ist weiter zu unterscheiden: ob das ganze Vermächtniß mehreren Personen ungetheilt, also dem A, B und C verbis conjunctis, oder ausdrücklich zu gleichen Theilen dem A ⅓, dem B ⅓ und dem C ⅓ re conjunctis zugedacht worden ist. In beiden Fällen fällt der erledigte Antheil nach dem vermutheten Willen des Erblassers den übrigen eben so, wie dem Miterben,

die Erbschaft zu. Sind hingegen verschiedenen Personen verschiedene Sachen vermacht, so hat gar kein Zuwachsrecht statt, fr. 84. §. 1. D. 30, und der erledigte Theil bleibt den Erben oder in der Erbmasse. Diese ganz römische Disposition hat der §. 689 des österr., der Art. 898 des franz. G. B. und das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 366—371 sachgemäß aufgenommen. (Ed. Entw. §. 146.)

§. 116.

Recht des Erben, wenn a) die Lasten die Masse erschöpfen.

Wenn nun aber die ganze Masse durch Vermächtnisse erschöpft ist, was ist der Erbe zu fordern berechtigt? Damit ein Testament bei versagter Erbschaftsantretung nicht destituirt werde, wurde das falcidische Gesetz geschaffen. Sowohl der directe testamentarische, als der im Codizill mit Legaten beschwerte Intestaterbe, nicht aber der mit Vermächtnissen oder Fideicommissen beschwerte Legatar und Fideicommissar hat ein Recht auf diese Quart, fr. 18. pr. D. 35, 2. fr. 47. §. 1. D. ibid., die keineswegs, wie Madihn *) mit Mehreren behauptet, der vierte Theil der ganzen Erbschaft, sondern der der Erbportion seyn soll **). Sind mehrere Miterben vorhanden;

*) a. a. O. Abhandl. XXXIV.

**) Lex falcidia, von welcher die Lehre vom Pflichttheile ausgegangen ist, sagt freilich fr. 1. pr. 35, 2: ne minus, quam partem quartam hereditatis, heredes capiant. Aber Gajus stellt als einen ganz unzweifelhaften, also gewiß schon lange vor ihm angenommenen Satz auf, daß auf die Antheile der einzelnen Erben hierbei zu sehen sey, fr. 77. l. c. In singulis heredibus rationem legis falcidiae componendam esse, non dubitatur.

so muß 1) jeder von seiner Erbportion die Quart frei behalten, wenn auch das Vermögen im Ganzen nicht zu sehr beschwert seyn sollte, und wenn 2) einer von mehrern Miterben wegfällt, mithin dessen Portion den übrigen accrescirt; so kommt es darauf an, ob die beschwerte Portion den nicht beschwerten accrescirt, oder ob der F ll umgekehrt ist, oder ob beide Portionen beschwert sind. Im ersten Falle geschieht der Abzug der Quart von der beschwerten Portion allein, im zweiten Falle werden beide Portionen für eine gerechnet, und dann von dem Ganzen die Quart abgezogen, im Dritten wird die Quart bei jeder einzelnen für sich berechnet. §. 1. I. 2. 22. fr. 28. D. ibid. *)

Dem Abzuge der Quart sind der Regel nach alle Legate, Singularfideicommisse und Schenkungen von Todes wegen unterworfen. Const. 2—5 et 12. C. 6, 50.

§. 117.

Das französ. Recht spricht darüber folgende Grundsätze aus:

I. Bei den Gesammtlegataren und Erbtheilslegataren. Die Schulden und Lasten, die auf einer Erbschaft haften, gehen als dingliche Lasten auf alle die über, die zufolge der Verfügungen des Erblas-

---

*) Merkwürdig ist der Streit, der sich über den Inhalt fr. 91 D. 35, 2 und über die Frage: was in die Falcidische und was in die Trebellianische Quart einzurechnen sey, unter den römischen Juristen erhoben hat. Wer etwas Gründliches darüber zu lesen Lust hat, den verweise ich auf Bolley Versuch über die L. 91. D. ad L. falcid. im juridischen Archiv von Danz, Gmelin und Tafinger. Tübingen 1803. B. III. Heft 1.

sers in den gesammten Nachlaß oder in einen Theil des Ganzen succediren, sie tragen zu den Lasten und Schulden nach Verhältniß der Antheile bei, die sie vom Nachlaß erhalten. Art. 1009, 1012, 870, 873. So kann der Universallegatar, der die Gewähr des Nachlasses trägt, (Art. 883), von den Erbschaftsgläubigern, wegen der gesammten Schuldenmasse belangt werden. Vom Abzug einer Quart ist hier keine Rede. Es leidet jedoch die obige Regel eine Ausnahme, in sofern als ein Legatar mit der actione hypothecaria schlechthin und nicht blos zu seinem Antheile belangt werden kann. Haben mehrere Legatarien den Erbschaftsgläubigern ein Mehreres bezahlt, als auf ihren Antheil kommt, so sind sie ihren Regreß gegen die übrigen Legatare zu nehmen berechtigt. Art. 875, 876. Daher haben zwar die Erbschaftsgläubiger, wenn Erben und Legatarien zugleich zur Erbschaft gelangen, die Wahl: ob sie den Erben nur zu diesem Antheile und die Legatarien zu dem ihrigen, oder ob sie den Erben schlechthin zu dem Antheile, zu welchem er an sich (abgesehen von den Legaten) Erbe ist, belangen wollen; wählen aber die Erben den letzten Weg, so steht dem Erben das Recht zu, von den Legatarien die Erstattung des Gezahlten von dem auf sie kommenden Antheile zu fordern. Art. 873. 875. 876.

II. Die Particularlegate insbesondere betreffend; so ist dabei folgendes zu bemerken: 1) so lange die Legate noch nicht ausgezahlt sind, gehen die Erbschaftsgläubiger den Particularlegatarien vor. Sind sie ausgezahlt, so können sie von den Erbschaftsgläubigern in der Regel nur in soweit in Anspruch genommen werden, als die hypothekarische Klage oder die actio Pauliana gegen sie statt findet, ausgenommen wenn die Erbschaft mit der Rechts-

wohlthat des Inventars angenommen worden ist, als in welchem Fall sie schlechthin für die Schulden und Lasten der Erbschaft bis zum Betrage des Vermächtnisses haften. Art. 809. 2) Im Verhältniß zu den Erben und zu den übrigen Legatarien haften die Particularlegatare überall nicht für die Schulden und Lasten des Nachlasses. Wenn daher ein Particularlegatar mittelst der hypothekarischen Klage (oder sonst) genöthigt worden ist, eine Erbschaftsschuld zu bezahlen, so tritt er in die Rechte des bezahlten Gläubigers. Art. 611, 871, 874, 1023 des C. C.

§. 118.

Das preuß. L. R. Th. Tit. 12. §. 333 verordnet, daß der Erbe blos aus dem Grunde, daß nach Berichtigung der Schulden und Vermächtnisse für ihn kein Erbtheil übrig bleibe, den Legatarien keine Abzüge machen könne, und §. 334, daß, wenn der Nachlaß zu Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils, oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht hinreiche, die Legatarien und Schenknehmer von Todes wegen alsdann nach Verhältniß der ihnen geschehenen Zuwendungen dazu mit beitragen oder einen Abzug leiden sollten. Dieser Abzug wird bei erschöpftem Nachlasse §. 354 dahin regulirt, daß dem Erben sämmtliche auf die Conservation und Verwaltung des Nachlasses, ingleichen auf die Regulirung des Geschäfts mit den Schuldnern und Legatarien verwendete Kosten erstattet werden sollen, dann soll er nach §. 355 für seine Bemühung eine billige Vergütung in Anspruch zu nehmen berechtigt seyn, die, im Fall die Interessenten darüber sich nicht vereinigen können, der Richter bestimmen soll, und alsdann wegfällt,

wenn der übrig bleibende Erbtheil die Schadloshaltungen übersteigt. §. 358.

In eben diesem Geist verordnet das österr. G. B. §. 690, daß bei erschöpftem Nachlasse durch Vermächtnisse der Erbe nichts weiter in Anspruch nehmen könne, als die Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen, und eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung, und daß, wenn er den Nachlaß nicht selbst verwalten wolle, er auf die Anstellung eines Curators antragen könne, welches auch das preuß. L. R. a. a. O. §. 359 dem Erben, seinem Erbrechte unbeschadet, gestattet. In unsern Landrechten wird nur allein in dem Trierischen Tit. 1. §. 27 der Abzug des vierten Theils des Nachlasses gestattet, die übrigen übergehen diesen Abzug.

§. 119.

Wenn bei jeder Erbeseinsetzung vorauszusetzen ist, daß der Erblasser seinen Vermögensstand genau gekannt habe; wenn vermuthet werden muß, daß dabei die Absicht des Erblassers dahin ging, aus besonderer Zuneigung zu der Person des Erben einen Theil des Vermögens ihm zuzuwenden, und wenn dies durch Vermächtnisse oder die Begünstigung anderer Personen nicht geschehen kann, dies entweder eine nicht zu vermuthende Unbekanntschaft des Erblassers mit der Beschaffenheit seines Vermögens, oder eine unrühmliche, oft Schaden bringende Vexation des Erben verräth; wenn es endlich die Pflicht des Gesetzgebers ist, den möglichen Schaden von den Unterthanen abzuwenden, und leichtsinnigen oder muthwilligen Erbeseinsetzungen, die oft nur die Absicht, den Legatarien eine Wohlthat, dem

Erben aber alle Last zuzuweisen, zum Grunde haben, vorzubeugen; so scheint die Frage, was bei solchen Verhältnissen der Erbe von den Legatarien und Schenknehmern rechtlich in Anspruch nehmen könne? keinen großen Schwierigkeiten unterworfen zu seyn. Offenbar Schadloshaltung für verwendete Kosten und gehabte Auslagen, gleichwie solche jeder Mandatar vom Mandanten zu fordern berechtigt ist, und wenn diesen eine Belohnung für gehabte Bemühung hinzugefügt wird; so ist alles erschöpft, was die Gesetzgebung dem Erben zugestehen kann. Es läßt sich freylich dagegen einwenden, daß, wenn jemand durch eine leichtsinnige oder muthwillige Erbeseinsetzung von seinen Berufsgeschäften abgezogen werde, der Schaden- und Kostenersatz ihm bei weitem kein Aquivalent für das Opfer seyn könne, denen oft mühevollen Erbschaftsgeschäften und deren Auseinandersetzung sich zu widmen, allein dann steht es ihm frei, den Nachlaß durch einen Curator verwalten zu lassen, und wenn der Erbe über eine Belohnung aus der Masse für gehabte Bemühung sich erhaben dünkt; so steht ihm die Verzichtleistung frei. Durch diese Grundsätze geleitet, und da der Grund der falcidischen Quart bei uns keine Anwendung findet, spreche ich hiernach das Dispositive im §. 147 des Ed. Entw. aus.

Ich bitte, mich hier keiner Inconsequenz zu beschuldigen, wenn ich §. 77 oben bei fideicommissarischen Substitutionen dem Fiduciarerben, wenn er bei seinen Lebzeiten den Nachlaß restituiren muß, außer dem ihm als Notherben gebührenden Pflichttheil den vierten Theil davon abzuziehen gestattete, da diese Art von Substitutionen, als dem gemeinen Verkehr hinderlich, die Begünstigung des Gesetzgebers nicht verdienen, und aus eben

diesem Grunde einer, die Intention des Erblassers beschränkenden gesetzlichen Verfügung unterworfen werden mußten.

§. 120.

Können nicht alle Legatare aus der Masse befriedigt werden; so ist das Legat des Unterhalts vor allen Dingen aus der Masse zu entrichten, da Beköstigung und Erziehung als dringend keinen Aufschub leiden. Dies Vermächtniß gebührt dem Legatar vom Todestage des Erblassers angerechnet. Reicht aber die Verlassenschaft zu Bezahlung der Schulden und anderer pflichtmäßigen Auslagen, z. B. der rückständigen Abgaben, Inventur- und anderer Kosten, nicht hin; so fallen alle Legate, auch das des Unterhalts weg, weil der Erblasser nur über sein reines Vermögen zu disponiren befugt ist. Bleibt aber nach diesen Abzügen ein Theil der Verlassenschaft übrig, ist ein Unterhaltslegat vorhanden und solches sicher gestellt worden, und reicht dieser Theil zu Bezahlung aller Schulden nicht zu; so müssen sich die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen. Das römische Recht befreit sie zwar mit einer unten folgenden Limitation von der Concurrenz zur Schuldentilgung, const. 7. C. 4, 16, weil es die Idee gefaßt hat, diese res singularis habe mit der Erbmasse nichts gemein; allein wenn es das Wort *hereditas* nicht in so engem Sinn genommen hätte; so hätte die Regel: hereditas non intelligitur, nisi deducto aere alieno auch auf die Legatarien durchaus ihre Anwendung finden müssen. Weder das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 334, noch das österr. G. B. §. 692 huldigen diesem römischen Grundsatz, und ich mit ihnen ebenfalls nicht. So lange die Gefahr,

die Erbschaft möchte durch die vorhandenen Schulden absorbirt werden, nicht beseitigt ist, ist der Erbe selbst bei erschienenem Zahlungstage kein Legat auszuzahlen schuldig, wenn nicht der Legatar Sicherheit für die demnächstige Restitution leistet. (Ed. Entw. §. 149.)

§. 121.

oder b) gar übersteigen.

Die höchste Billigkeit erfordert es, daß, wenn die Legatare die Vermächtnisse bereits erhalten haben, und der Erbe in der Folge die Unzulänglichkeit der Erbmasse ausweiset, dieser von jedem Legatar verhältnißmäßig so viel von dem empfangenen Legate zurückzufordern berechtigt seyn muß, als zu Bezahlung der Schulden nothwendig ist, weil der Legatar nur unter der Bedingung, daß die Erbmasse ausreiche, das Eigenthum des Vermächtnisses erwerben konnte. Das ist der Analogie const. 22. C. 6, 30 angemessen. Quod vero ibi creditoribus permittitur, sagt Leyser Spec. 379 Med. 3. hoc etiam heredibus licet, ut nempe, si aere alieno hereditario, ultra vires hereditatis urgeantur. Der Abzug muß nach dem Werthe bestimmt werden, den das Vermächtniß zur Zeit des Empfangs hatte, und bei vermachten Renten, Niesbrauch oder Wohnung nach denen immittelst daraus bezogenen Nutzungen, die nach dem preuß. L. R. a. a. O. §. 347 mit so viel Procenten zum Capital geschlagen werden, als nach dem Alter und der wahrscheinlichen Lebensdauer des Legatars bestimmt werden kann. Nach dem Verhältniß nun, wie von einem solchen Capital zu den Erbschaftslasten abgegeben werden muß, vermindert sich die jährliche Hebung des Legatars. Es wird aber überflüssig seyn, auf diese preuß.

Disposition Rücksicht zu nehmen, da sich dieselbe auf die bei der dortigen Wittwenverpflegungs-, Leibrenten- und Tontinenanstalt gründet. Allein abgesehen von diesem letzteren; so bleibt es dem Legatar unbenommen, zu Vermeidung des Beitrags, auch nach empfangenem Vermächtnisse, solches nebst den bezogenen Nutzungen in Natur zurückzustellen. Ihm bleibt also die Wahl, entweder das eine oder das andere zu thun. Wählt er die Zurücklieferung; so kann er nach dem preuß. L. R. a. a. O. §. 340, wie billig, von den Nutzungen, die auf deren Hebung, ingleichen die auf Erhaltung der Sache verwendeten Kosten abziehen, nach der Regel fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis. In Rücksicht der Verbesserungen oder Verschlimmerungen wird er als redlicher Besitzer behandelt, weil er aus wahrscheinlichen Gründen die legirte, von dem Erben ihm übergebene Sache für die seinige hielt. Der Legatar ist also die bis zur Zeit der Anforderung bezogenen Nutzungen oder consumirten Früchte zu erstatten nicht schuldig nach der Analogie fr. 1. §. 1. D. 5, 3 und eben so wenig für die Verschlimmerungen verantwortlich. fr. 36. D. 50, 17. Ist ihm dagegen das Legat nur gegen Sicherstellung verabfolgt worden; so ist er nur als Niesbraucher zu betrachten, mithin die Substanz zu erhalten und dieselbe als guter Hausvater zu benutzen schuldig, weil sich ihm eben dadurch die Vermuthung aufdringen mußte, daß er das Legat zurückgeben oder einen Abzug daran sich werde gefallen lassen müssen. (Ed. Entw. §. 150.)

Zweiter Abschnitt.

Von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens.

§. 119.

Recht des Erblassers zur Einschränkung oder Aenderung seines letzten Willens.

Es liegt in dem Begriff einer einseitigen Anordnung, daß der Disponent sie einschränken, abändern oder ganz aufheben kann. So auch bei Testamenten und Codizillen. Die Einschränkung derselben geschieht a) durch eine der Erbeseinsetzung oder dem Vermächtniß beigefügte Bedingung, b) durch einen Zeitpunct, nach dessen Erfolg solches in Wirkung treten soll, oder c) durch eine erklärte Absicht. (Ed. Entw. §. 151.)

§. 120.

Arten der Einschränkung. 1) Bedingung. a) unmögliche, unerlaubte und unverständliche.

Eine Bedingung heißt ein Ereigniß, wovon ein Recht abhängig gemacht wird. Ich erkläre mich bei letzten Willensanordnungen eben so sehr gegen die Ausdehnung der Bedingungen, wie ich für die Einschränkung der fideicommissarischen Substitutionen stimmte; denn es liegt dabei allzeit ein Eigensinn oder Schwäche des Testators im Hintergrunde, der man zwar nachgeben, allein ihr nicht Thür und Thor öffnen darf. Das römische Recht hat sich in der Casuistik und Sophistereien in dieser Materie erschöpft, doch muß es zugeben, daß die Vermuthung nicht für die Bedingungen streitet. Wenn ich nun abweichend von Preußens und Oesterreichs

Gesetzbüchern, die bejahende und verneinende, aufschiebende und auflösende Bedingungen kennen, mein eigenes System aufstelle; so hoffe ich Entschuldigung zu finden. (Ed. Entw. §. 152.)

§. 121.

Jede unmögliche, unerlaubte und unverständliche Bedingung ist für nicht beigefügt zu erklären. Ich bleibe hierbei und ferner dabei stehen, daß jede physisch oder moralisch unmögliche Bedingung für nicht geschrieben zu halten ist; denn wenn gleich kein distinguirende Interpreten die zufällig unmöglichen als dritte Gattung der unmöglichen Bedingungen hinzufügen und diese gelten lassen, wenn sie der Testator für möglich gehalten hat, Höpfner a. a. O. §. 493. S. 466; so kommt es doch nicht darauf an, was der Erblasser nach seiner Vorstellungsart und Verstandeskräften für möglich gehalten hat, sondern was an sich für physisch oder moralisch unmöglich gehalten werden muß. Aus der conditione pro non adjecta habita folgt, daß der Erbe den Nachlaß unbedingt erhält.

§. 122.

b) Mögliche und erlaubte.

Aus meinem Vordersatze ergiebt sich nun von selbst, daß jede mögliche und gesetzlich erlaubte Bedingung, deren Erfüllung nur von dem Willen des Erben oder Legatars abhängt, als gültig zu betrachten ist. Dieses als leitendes Princip zum Grunde gelegt, kann zwar eine Bedingung vom Zufall abhängig gemacht werden, in sofern er in der Natur gegründet ist; allein dieser Zufall, ob er eintreten soll oder nicht, darf nie

dem unverbürgten Willen eines Dritten überlassen werden; denn so ist es weder unmöglich noch unerlaubt, wenn z. B. der Testator sagt: A soll mein Erbe seyn, wenn ihm B 1000 fl. vermacht; aber die Bedingung ist unvernünftig und verräth Wahnsinn, weil es nicht in der Gewalt des Erben steht oder von seinem Willen abhängt, daß ihm B die 1000 fl. vermacht. Dagegen ist es weder unmöglich, noch unvernünftig, noch unerlaubt, wenn der Wille des Erben oder Legatars und äußerliche Umstände zusammentreffen sollen, z. B. wenn der Erblasser den A unter der Bedingung zum Erben einsetzt, daß ihm ein Sohn geboren werden würde (conditio possibilis mixta), und hiernach würde also eine vom Zufall abhängig gemachte Bedingung, in sofern das Ereigniß dieses Zufalls von dem Willen eines Dritten nicht abhängig gemacht wird, für gültig zu halten seyn. Da aber die Gesetzgebung nicht zugeben kann, daß der Erbanfall vom Zufall abhängig gemacht werde, indem dadurch eine so ernste Sache, wie die Erbeseinsetzung, zum Spielwerk herabgewürdigt und gleichsam angedeutet werden würde, die Uebertragung des Eigenthums sey so gleichgültig, daß sie in diese Cathegorie gehöre; so kann auch selbst dem Zufall, dessen Ereigniß von einer Naturerscheinung oder von einer besonderen Begebenheit, nicht einmal vom Willen eines Dritten abhängt, keineswegs der Erbanfall überlassen werden.

Nach dem oben aufgestellten Grundsatz bedarf ich der scholastischen Eintheilung in bejahende und verneinende Bedingungen gar nicht, denn sage ich z. B.: ich setze den A zu meinem Erben ein, wenn er die Rechtswissenschaft studirt, oder ich setze den B zum Erben ein,

wenn er nicht nach Amerika reiset; so liegt beides in der Gewalt des Erben, und es hängt nur von ihm ab, es zu erfüllen; nur ergiebt sich in Ansehung des Besitzes und Genusses der Erbschaft oder Legats der Unterschied, daß bei der bejahenden Bedingung der Erfolg abgewartet werden muß, bei der verneinenden aber der Erbe oder Legatar (auf Verlangen gegen Caution) sogleich zum Besitz und Genuß gelangt, weil der Erfolg oft nicht abgewartet werden kann. Kreitmayr Anmerk. ad Cod. Max. Bav. Th. III. Cap. 3. §. 10. M. 8. Ich bedarf ferner der Eintheilung der Bedingungen in die aufschiebende und auflösende gar nicht. Setzt der Erblasser einen Erben unter der Bedingung einer Reise nach Paris ein; so steht sie in der Gewalt des Erben, und sie ist von selbst suspensiv, weil der Erbe den Nachlaß nicht eher erhält, bis er von Paris zurückgekehrt ist. Sagt dagegen der Erblasser: A soll so lange mein Erbe seyn, bis ein neuer Krieg wieder anfängt; so war er unsinnig, mithin die Erbeseinsetzung unvernünftig, die es auch in dem Fall seyn würde, wenn z. B. der Erblasser den A so lange zum Erben einsetzen wollte, als der gegenwärtige Congreß der bevollmächtigten deutschen Minister in Wien dauern würde. Die resolutive Bedingung ist also für nicht beigefügt zu achten. Sagt man der Gesetzgeber müsse der Schwäche des menschlichen Verstandes nachgeben, mithin bei der Erbeseinsetzung resolutive Bedingungen zulassen; so würde dieser Grundsatz zu weit führen.

Ebenfalls nach der aufgestellten Theorie ist mir die römische Eintheilung der Bedingung in praeteritum, in praesens und in futurum collata ganz unnütz, denn wenn, so viel die erste betrifft, der Testator sagt: A soll

mein Erbe seyn, wenn er zur Zeit der Verfertigung dieses Testaments nicht noch Landesdeputirter ist; so hängt es oft nicht von ihm ab, gerade zu dieser Zeit nicht mehr Landesdeputirter gewesen zu seyn. Es ist also eine unvernünftige und zufällige Bedingung, die nach dem vorhin Angeführten pro non adjecta gehalten wird. Nicht besser verhält es sich mit der auf die gegenwärtige Zeit gestellten Bedingung; sagt z. B. der Testator: C soll mein Erbe seyn, wenn er heute am Tage, wo ich dieses Testament mache, verheirathet ist oder sein christliches Glaubensbekenntniß abgelegt hat; so ist die Bedingung ebenfalls unvernünftig, weil hundert Hindernisse sich denken lassen, warum C gerade an diesem Tage nicht verheirathet seyn oder sein Glaubensbekenntniß nicht ablegen konnte. Die conditio in futurum collata, z. B. A soll mein Erbe seyn, wenn er heirathen wird, ist eben die Bedingung, die in der Gewalt des Erben steht, und lediglich von seinem Willen abhängt, die ich also unter den oben genannten drei Arten der Bedingungen als die einzige gültige und anwendbare aufzunehmen vermag.

Also jede unmögliche und gesetzlich unerlaubte Bedingung, deren Erfüllung nicht einzig und allein von dem Willen des Erben oder Legatars abhängt, ist eben so ungültig, wie eine vom bloßen Zufall abhängig gemachte Bedingung. Ist dagegen die Bedingung erlaubt und möglich; so wird das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben *). Indem ich dies

*) Uebrigens muß die Rechtstheorie gelten, daß, wenn die Erfüllung einer Bedingung von demjenigen selbst verhindert worden ist, dem daran gelegen war, daß sie nicht erfüllt werden möchte, weil seine Verbindlichkeit davon abhängt,

ausspreche, habe ich alle Gesetzbücher gegen mich; allein es ist meine vollste Ueberzeugung. (Ed. Entw. §. 153.)

§. 126.

c) Bedingung der Nichtverehelichung.

Dem Erben es zur Bedingung zu machen, nicht zu heirathen, liegt nicht in der Macht des Erblassers, es ist unvernünftig, da Natur und positive Gesetze den ehelichen Stand begünstigen, und das, was zur Wesenheit des gesellschaftlichen Verbandes gehört, von einem einzelnen Gliede der Gesellschaft nicht verboten oder zur Bedingung der Erbeseinsetzung gemacht werden kann. Diese Bedingung durch das Gesetz für nicht beigesetzt zu erklären, ist daher ganz überflüssig, obgleich das an Bestimmungen reiche preuß. L. R. Th. 1. Tit. 4. §. 10 sie für ungültig erklärt. Allein es fragt sich: ob eine verwittwete Person, die ein oder mehrere Kinder hat, diese Bedingung erfüllen müsse? Das österr. G. B. §. 700 will diese Bedingung erfüllt wissen. In der That empfiehlt es auch der Apostel Paulus den Wittwern und

---

die Bedingung dennoch für erfüllt gehalten wird. In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem et legata, et ad heredum institutiones perducitur: quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret, sagt Ulpian fr. 161. D. 50, 17. und Pomponius fr. 39 ibid. In omnibus causis, pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quo minus fiat.

Wittwen dringend an, nicht zur zweiten Ehe zu schreiten, weshalb er an Melanchton in brevi Synopsi de 1530, der dies für antichristlich hielt, einen gewaltigen Widersacher fand. Dem mag aber seyn wie ihm wolle; so bin ich in odium secundarum nuptiarum der Meinung, daß bei dem in der Frage liegenden Fall die Bedingung erfüllt werden muß, weil es von der verwittweten Person abhängt, die Erbschaft auszuschlagen und zu heirathen, oder zum Besten ihrer Kinder sie anzunehmen und die Bedingung zu erfüllen. Dagegen leidet es gar keinen Zweifel, daß die Bedingung, eine bezeichnete Person nicht zu heirathen, gültig auferlegt werden kann. (Ed. Entw. §. 154.)

§. 127.

d) Wenn die Bedingung beim Leben des Erblassers erfüllt worden ist.

Ist die im letzten Willen vorgeschriebene Bedingung beim Leben des Erblassers schon eingetroffen; so bedarf sie keiner Wiederholung, und kann auch oft nicht wiederholt werden; z. B. ich setze den B zum Erben ein, wenn er heirathen wird, und er hat sich bei Lebzeiten des Erblassers schon verheirathet. Besteht eben so die Bedingung in einer willkührlichen Handlung des Erben oder Legatars, und sie ist schon vollzogen, so braucht sie, wenn sie auch wiederholt werden kann, nach dem Tode des Erblassers nicht noch einmal erfüllt zu werden, z. B. ein Gemälde zu malen, oder die Abfassung eines Lustspiels für das Theater. Es ist also ganz überflüssig, wenn das österr. G. B. §. 701 in diesem Falle die Wiederholung gebietet. (Ed. Entw. §. 155.)

§. 128.

Die Bedingung ist auf die Nachberufenen nicht auszudehnen.

Eine dem Erben oder Legatar auferlegte Bedingung ist auf den vom Erblasser nachberufenen Erben oder Legatar nicht auszudehnen; denn wenn gleich die ersteren auferlegten Lasten auf letzteren übergehen; so ist doch die Bedinguug meistens nur auf die individuellen Eigenschaften und Verhältnisse des Erben berechnet, und es scheint der Zweck der Substitution darin zu liegen, daß, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, der Nachlaß dem Substituten zufallen soll. Eine Ausnahme macht die ausdrückliche vom Erblasser geschehene Ausdehnung der Bedingung auf den Nachberufenen. Ob aber eine dem Nachlasse beigefügte Einschränkung eine Bedingung oder eine Last sey, muß aus der Beschaffenheit der Einschränkung und dem Zwecke des Nachlasses beurtheilt werden. (Ed. Entw. §. 156.)

§. 129.

Wirkung einer möglichen aufschiebenden Bedingung.

Da derjenige, der unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt worden ist, den Nachlaß erst dann erwirbt, wenn die Bedingung erfüllt wird; so muß auch nothwendig die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebt haben; denn stirbt sie vor dem Eintreffen derselben; so überträgt sie kein Recht auf ihre Erben, weil sie selbst keins hatte. Daß der Bedachte beim Eintritt der Bedingung erbfähig seyn muß, weil die Erbfähigkeit nach dem Zeitpunct des wirklichen Erbanfalls bestimmt wird, der bei einem bedingten Nachlasse der Eintritt der Bedingung ist, bedarf keiner Erwähnung. (Ed. Entw. §. 157.)

§. 130.

Die Erbeseinsetzung von einer gewissen Zeit an ist erlaubt, der Zufall aber, von dem sie abhängig seyn soll, für nicht beigesetzt zu halten.

Auch unter einer Zeitbestimmung kann nach römischem Recht ein Erbe oder Legatar benannt werden (sub die), die nur dann von Wirkung ist, wenn es ungewiß ist, ob und wann der Tag kommen wird, oder wenn wenigstens das eine und das andere ungewiß ist (dies incertus), wo der dies alsdann als Bedingung angesehen wird. Bei einer Erbeseinsetzung ex die certo sowohl, als in diem certum wird aber der Tag für nicht beigesetzt gehalten, diem adjectum haberi pro supervacuo sagt Justinian und Papinian, vitio temporis sublato manet institutio immer nach dem Grundsatz nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. §. 9. I. 2, 14. fr. 34. D. 38, 5.

Diesem Systeme folgt das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 4 und 11, und das österr. G. B. §. 704—706, ich nehme ein anderes, und zwar folgendes an: 1) es ist erlaubt, auf eine gewisse Zeit (in diem certum) einen Erben oder Legatar einzusetzen, wenn aber niemand fideicommissarisch substituirt ist, fällt der Nachlaß den gesetzlichen Erben anheim. 2) Die Erbeseinsetzung von einer bestimmten Zeit an (ex die certo) ist gültig, z. B. von der Zeit angerechnet, wo der dermalen in London ventilirte Proceß gegen die Königin Carolina von England entschieden oder verglichen seyn wird. 3) Da ich vom Zufall abhängende Bedingungen verwerfe, weil der Zufall erst nach 100 Jahren eintreten kann und hier eine zweite und dritte fideicommissarische Substitution denkbar ist; so kann ich eine ungewisse Zeitbestimmung bei der

Ernennung des Erben oder Legatars, der Tag mag völlig ungewiß oder nur ungewiß seyn, ob er kommen werde, nicht gelten lassen. Einer ungewissen Zeitbestimmung dieser Art liegt zwar eine Bedingung zum Grunde, allein das Ereigniß, von welchem das Recht abhängig gemacht wird, ist völlig, oder doch in Ansehung der Frage ob? ungewiß; ist dies nicht vorauszusehen, so handelte der Erblasser unvernünftig. Hier würde nun in der Regel der Nachlaß den Intestaterben zufallen, da aber ein unvernünftiger Mensch nicht immer wahn- oder blödsinnig ist, und der Wille des Erblassers aus der Erbesernennung erhellet; so wird nur die ungewisse Zeitbestimmung für nicht beigefügt gehalten. Weiß man gewiß, daß der Tag kommen wird, es ist aber nur ungewiß, wann? so ist er ebenfalls sowohl in Hinsicht des Erben, als eines Dritten, aus dem angeführten Grunde für nicht beigesetzt zu halten. Z. B. der Erblasser sagt: A soll mein Erbe seyn, am Tage, da er sterben wird, oder am Tage, da B sterben wird. (Ed. Entw. §. 158.)

§. 131.

Rechtsverhältniß bei einer Bedingung oder einem Zeitpuncte zwischen der bedachten und ihr nachfolgenden Person.

So lange das Recht des Erben oder Legatars verschoben bleibt, entweder weil die Bedingung nicht erfüllt worden, oder der Zeitpunct noch nicht gekommen ist, entsteht die Frage: wer für den Besitzer zu halten sey, und was für ein Rechtsverhältniß zwischen diesem und dem künftigen Besitzer statt habe? Ohne Zweifel müssen hier die nämlichen Verhältnisse eintreten, wie bei einer fideicommissarischen Substitution. Ich habe im 7ten Ab-

schnitt §. 98 den Satz aufgestellt, daß der eingesetzte Erbe so lange, bis der Fall der Substitution eintrete, das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Nutznießers habe, eben dies Recht, so lange das Recht des eingesetzten Erben verschoben bleibt, gebührt dem gesetzlichen Erben, und so lange das Recht des Legatars verschoben bleibt, dem eingesetzten Erben. Der eine und der andere bleibt also einstweilen in dem Besitze und Genusse des Nachlasses oder des Legats; denn im ersten Falle gebührt dem gesetzlichen Erben in der Regel der Besitz und Genuß der Erbschaft; derjenige also, der die Erbschaft anspricht, muß seinen Anspruch darauf beweisen. Der unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzte Erbe hat aber noch zur Zeit kein Recht, und der eingesetzte Erbe, dessen Recht auf einen kommenden Zeitpunct eingeschränkt ist, kann dies Recht vor eingetretenem Zeitpunct nicht geltend machen. Eben so hat im zweiten Fall der eingesetzte Erbe ein ausschließendes Recht auf den Besitz und Genuß der ganzen Erbschaft, so lange ein anderer nicht beweisen kann, daß ein Theil davon abgetreten werden müsse. Der Legatar aber kann solches vor dem Eintreten der aufschiebenden Bedingung oder dem Eintritt des Zeitpuncts nicht beweisen. Diesemnach bedarf ich bei der conditione potestativa und mixta der prätorischen bonorum possessionis secundum tabulas gar nicht; es finden hier die beim Niesbrauch anwendbaren Regeln statt, nach welchen der eingesetzte Erbe, wenn Gefahr vorhanden ist, vom gesetzlichen Erben, und ersterer vom Legatar Sicherheitsleistung zu verlangen berechtigt ist.

Die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welche einem Erben oder Legatar in Hinsicht des fideicommissa-

rischen Substituten obliegen, liegen auch demjenigen, der eine Erbschaft auf eine gewisse Zeit, oder unter einer sogenannten verneinenden Bedingung erhält, gegen den ob, dem die Erbschaft oder das Legat nach Ablauf des bestimmten Zeitpuncts zufällt; ersterer ist nur als Nutznießer zu betrachten, mithin gebührt ihm der Besitz und Genuß des Nachlasses, er ist aber verbunden die Substanz unverletzt zu erhalten und bei obwaltender Gefahr dafür Sicherheit zu leisten. (Ed. Entw. §. 160.)

§. 132.

Ich habe mich oben gegen die Ausdehnung der Bedingungen erklärt. Der österr. Codex vervielfältigt sie aber dadurch, daß er in vier §§. ganz überflüssig des Auftrags besonders erwähnt, und obgleich die römischen Fragmentenschreiber bei der Erbschaftsmaterie deren mit keiner Sylbe erwähnen, dennoch hier diese Distinction zu Tage fördert, weil auflösende Bedingungen zu dem von ihm aufgestellten Systeme gehören, und nach §. 709 der Auftrag als solche betrachtet wird, obgleich ältere und neuere Juristen conditionem resolutivam bei der Erbeseinsetzung und den Vermächtnissen längst verworfen haben *). Scheidlein führt das Beispiel an, wenn der Erblasser dem Erben auftrage, ein Monument zu errichten; so liege darin eine resolutive Bedingung. Nego argumentum — es ist ein modus — der Richter hält den Erben an, das Monument zu errichten, oder errichtet es auf seine Kosten, er verliert aber, weil er es bisher unterließ, die Erbschaft nicht. Ein zweites Beispiel: der Erblasser trägt dem Erben auf,

*) Höpfner a. a. O. S. 493. Mackeldey a. a. O. S. 413.

die Gretel zu heirathen, und er thut es nicht; so ist der Auftrag für nicht beigefügt zu halten, weil der Erblasser nicht befugt war, den Erben zu zwingen, die Gretel zu heirathen, wenn dieser sie entschädigt. Aufträge dieser Art begreifen conditionem sine qua non offenbar nicht in sich. Geht der Auftrag dahin, an jemand ein Erbschaftsstück auszuliefern; so ist dies ein Legat und nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen. Bedingung und Mandat sind wesentlich verschieden. Hereditatis aditio ist zwar ein römischer Quasicontract, gleichwie aber der Erbe, wenn er die Vermächtnisse abzuführen zaudert, vom Richter dazu angehalten werden kann; so kann dies auch auf Anrufen des Interessenten bei einem erhaltenen Auftrage geschehen. Es ist unbegreiflich, wie man einem Auftrage eine sogleich resolvirende Kraft beilegen konnte.

§. 133.

Aufhebung der Anordnung 1) durch Errichtung eines neuen Testaments oder Codizills.

Das im Testament jemandem Vermachte wird durch die vom Testator selbst geschehene unmittelbare Uebergabe an einen andern als den eingesetzten Erben oder Legatar am unzweideutigsten aufgehoben. Daß ein früheres Testament durch ein späteres gültiges in allen seinen Anordnungen aufgehoben werden kann, liegt schon in den Vorschriften aller Gesetzgebungen, wenn nicht der Erblasser in dem späteren deutlich ausspricht, daß das frühere ganz oder zum Theil bestehen solle. Hat der Erblasser in der späteren letzten Willensanordnung bestimmt, daß der Erbe nur zu einem Theile der Erbschaft berufen werden solle, und er hat über den übrigen Theil nichts

verfügt; so fällt dieser nach dem angenommenen Systeme nicht denen im früheren Testamente ernannten Erben, sondern den gesetzlichen Erben zu.

§. 134.

Nach römischem Recht können mehrere Testamente ohne eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers nicht neben einander bestehen, wohl aber mehrere Codizille. §. 3. I. 2, 25. fr. 6. D. 29, 7. Frühere Codizille werden durch ein späteres Testament nur in sofern aufgehoben, als sie mit demselben im Widerspruche stehen. §. 1. I. fr. 18. D. ibid. Oesterr. G. B. §. 714. Auch dies ist dem Geist der österreichischen und französischen *) Gesetzgebung gemäß. Kann man nicht entscheiden, welches Testament oder Codizill das spätere sey; so sagt das römische Recht, daß alsdann keins gelten soll. Der Prätor giebt aber in diesem Falle aus beiden Testamenten bonorum possessionem fr. 1. §. 6. fr. 11. §. 2. 37. 11. Hellfeld a. a. O. §. 1431. Können aber beide Testamente neben einander bestehen; so verordnet der österr. Codex §. 715, daß beide gelten sollten, und daß die Erbschaft als ein gemeinschaftliches Gut aller eingesetzten Erben betrachtet werden soll. Das preuß. L. R. läßt

---

*) Codizille des römischen Rechts sind den Testamenten des französ. Rechts zu vergleichen. Dahingegen ist nach letzterem nicht schon eine bloße Errichtung eines späteren Testaments (wenn und in wiefern in diesem weder ein ausdrücklicher Widerruf des früheren Testaments vorkommt, noch auch Verfügungen enthalten sind, die mit dem Inhalt des früheren Testaments unvereinbar sind) als ein stillschweigender Widerruf eines früheren Testaments zu betrachten. Franz. G. B. Art. 1036.

diese Frage unentschieden. Ich erlaube mir darüber folgende Bemerkungen.

§. 135.

Zuvörderst mache ich darauf aufmerksam, daß aus denen zu §. 2 des Ed. Entw. angeführten Gründen Testamente und Codizille ein und den nämlichen Förmlichkeiten unterworfen werden. Hierbei also findet selbst nach österr. Recht kein Unterschied statt. Zu Verhütung aller Collision bei der Existenz von zwei oder mehreren Testamenten, von welchen man nicht weiß, welches früher und welches später zur Welt gekommen ist, habe ich nun aber bei der Form letztwilliger Anordnungen die Beifügung des Tages und Jahres für ein nicht zu umgehendes Erforderniß gehalten. Bei gerichtlichen Testamenten oder Codizillen ergiebt das aufzunehmende Protocoll die Zeit der Errichtung, bei den außergerichtlichen letzten Willensanordnungen ist es a) bei den mündlichen den Zeugen zur Pflicht gemacht worden, dem zu fertigenden Aufsatz den Datum beizufügen, und denselben am nämlichen, oder wenigstens am folgenden Tage dem Landoberschultheiß zur Aufnahme eines Protocolls, dem auf jeden Fall Tag und Jahr beigefügt wird, zu überbringen, b) bei den außergerichtlich schriftlichen Testamenten ist es der einzige Fall, wo dem Testator und den zuzuziehenden Zeugen dies Erforderniß überlassen wird. Hier mußte diese vernachläßigte Förmlichkeit die Nichtigkeit der Handlung zur Folge haben, 1) weil es jedem Unterthan frei steht, auf eine andere Art seinen letzten Willen zu äußern, 2) weil auf der Bestimmtheit des letzten Willens das testamentarische Erbrecht beruht, mithin die Gesetzgebung der Ungewißheit,

die aus der Collision mehrerer Testamente ohne Datum entsteht, zuvorkommen mußte, und 3) weil jeder Inländer, der außergerichtlich schriftlich testiren will, nach den Gesetzen des Orts sich richten und das Edict lesen kann. In diesen deutlichen Bestimmungen liegt von selbst der Grund, warum die Collision mehrerer im Herzogthum errichteter Testamente gar nicht vorkommen kann. Ereignet sich der Fall, daß zwei im Auslande nach den dortigen Formen ohne Datum errichtete Testamente über das im Herzogthum Nassau gelegene Vermögen bei den Nassauischen Gerichten geltend gemacht werden sollen; so finden die §. 50 oben aufgestellten Grundsätze ihre Anwendung. Gesetzt aber, es finden sich zwei schriftliche Privattestamente von gleichem Datum vor. Stehen sie mit einander in directem Widerspruch; so gelten sie beide nicht, enthalten sie aber nichts widersprechendes; so kann der römische Grundsatz, daß niemand mit mehreren Testamenten versterben könne *), um deswillen seine Anwendung nicht finden, weil derselbe es als klar und ausgemacht voraussetzt, welches Testament älter und welches jünger sey, und bei dieser Klarheit dem letzteren, ebenfalls formmäßig errichteten, den Vorzug giebt. Diese Klarheit ist aber in unserem Falle nicht vorhanden, und es existirt daher kein Grund, warum nicht beide Testamente gelten, der Wille des Erblassers nicht erfüllt und nicht alle im ersten und zweiten eingesetzte Erben zur Succession berufen werden sollten. Es tritt alsdann ohne Zweifel eine Gemeinschaft des Eigenthums ein, die nach de-

---

*) fr. 19. D. 29, 1.

nen dabei anwendbaren Grundsätzen zu beurtheilen ist. (Ed. Entw. §. 161, 162.)

§. 136.

Wenn aber der Fall sich ereignet, daß jemand mit zwei zu verschiedenen bestimmten Zeiten errichteten Testamenten verstirbt, in dem einen den A und im anderen den B zum Erben einsetzt, in dem zuletzt errichteten aber verordnet, daß auch das erste Testament gelten solle, wie ist dieser Fall zu entscheiden? Nach römischem Recht gilt alsdann das letzte Testament als testamentarische, das erstere aber als fideicommissarische Verordnung. fr. 12. §. 1. D. 28, 3. Hellfeld a. a. O. §. 1431 sagt: Posterius testamentum tollit prius exceptio tamen est, si testator expresse declaret, quod prius adhuc valere velit, dum hoc casu posterius jure directo, prius per modum fideicommissi sustinetur. Der in dem letzten Testament eingesetzte Erbe tritt dann die Erbschaft an, behält davon ein Viertel für sich, und liefert die anderen drei Viertel dem im ersten Testament eingesetzten Erben aus. Heres in posteriori testamento scriptus detrahit trebellianicam, et Dotrantem restituit heredi in primo testamento scripto tanquam fideicommissario *Stryk* ad Lauterbach Tit. de injusto etc. testam. apud Mollenbeck thes. jur. not. 49. Mit dem Princip dieser römischen Disposition bin ich nicht einverstanden. In odium der fideicommissarischen Substitution habe ich den Abzug des vierten Theils nur in dem Fall gelten lassen, wenn der Fiduciarerbe bei seinen Lebzeiten den Nachlaß dem Fideicommißerben restituiren soll. Diesen Grundsatz kann ich auf den unterliegenden Fall nicht ausdehnen. Man kann

hier, wo in zwei Testamenten von verschiedenem Datum zwei verschiedene Erben eingesetzt werden, wie im vorigen §. annehmen, daß sie beide den Nachlaß erben sollten, und diesen Grundsatz hat auch das österr. G. B. §. 715 ausgesprochen, es tritt alsdann eine Gemeinschaft des Eigenthums ein, wobei die einem besondern Abschnitt zu widmenden Grundsätze anwendbar sind.

§. 137.

2) Des Beisatzes der Unverbindlichkeit eines späteren Testaments ungeachtet gilt das letztere.

Bestritten ist ferner die Frage: ob das erste Testament durch ein zweites gültiges aufgehoben werde, wenn auch gleich dem ersteren die clausula derogatoria angehängt und im zweiten nicht widerrufen worden ist? Die Römer hegten den Grundsatz: niemand könne sich des Rechts, ein Testament zu machen, begeben, und seine Freiheit dazu nicht einschränken. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei non recedere liceat. fr. 22. D. 32. So wenig Verträge als Eide hatten hier die geringste Verbindlichkeit, weil der Eid einseitig sich selbst auferlegt werde. *v. Cocceji* de claus. testam. cap. 2. nr. 132 in fine. Gebrüder Overbeck Meditat. II. B. 1. S. 12. Sagte also der Erblasser: »Falls ich auch künftig noch eine andere Willensanordnung machen sollte; so soll dieses Testament »dennoch immer unverbrüchlich gelten,« nachher aber doch ein anderes Testament machte, und ohne darin diese Clausel aufzuheben, eine andere Person zu seinem Erben einsetzte; so war dennoch und ist noch jetzt das erste Testament ungültig, weil die Gesetze einzig und allein den letzten Willen des Testators berücksichtigen. §. 2. I.

quib. mod. testam. in f. fr. 27. C. de testam. Rechtslehrer, die zu Begründung der gegentheiligen Meinung auf fr. 22. D. 32 sich beziehen, irren um deswillen, weil in diesem Gesetz nur davon die Rede ist, wenn ein Testator im Anfang des Testaments gewisse Verfügungen macht, und am Ende desselben davon wieder abgehen wolle, er solches ausdrücklich anzeigen müsse. Hier ist aber von zweien zu verschiedenen Zeiten gemachten Testamenten die Rede, die sich entgegen sind, und davon das erste durch die im letzten Testament gemachte Willensveränderung wieder aufgehoben wird. Die derogatorische Clausel hat aber nach den römischen Civilgesetzen gar keine Kraft, das letzte formmäßig errichtete Testament gilt immer *), und auf die nämliche Art entscheidet auch das Mainzer L. R. Tit. 13. §. 3 diesen Fall.

Im Allgemeinen harmonirt damit das preuß. L. R., wenn es Th. 1. Tit. 12. §. 571—592 jeden formmäßigen Widerruf gestattet. Bestimmt verordnet dagegen das österr. G. B. §. 716, daß zwar die derogatorische Clausel im ersteren Testament den Erblasser nicht verhindere, seinen letzten Willen zu verändern, wenn er aber in der späteren Verordnung diesen Beisatz nicht ausdrücklich aufhebe, nicht sein späteres, sondern sein früheres Testament für gültig angenommen werden solle. Es kommt also darauf an, ob der Widerruf ausdrücklich geschehen müsse?

Bei wechselseitigen Testamenten habe ich den Grundsatz angenommen, daß der Beisatz der Unwiderruf-

---

*) M. s. Thibaut Pand. Recht §. 825. *Wernher* T. I. P. 1. Obs. 205. p. 233. mit Beziehung auf fr. 6. §. 2. D. 29, 7.

lichkeit nach dem Ableben des einen Ehegatten in der Regel den Vertrag oder letzten Willen unwiderruflich mache. Dies ist hier nicht anwendbar, weil hier nicht von einem von zwei Personen übereinstimmend eingegangenen Geschäft, sondern von einer einseitigen Verfügung die Rede ist, woraus nur, so lange sie nicht abgeändert wird, einem Dritten Rechte erwachsen können. Ist dies der Fall, so kann ich meinen Willen, wenn ich ihn auch nicht abändern zu wollen erklärt, ja dies einseitig durch einen Eid bekräftigt habe, dennoch nach Gefallen abändern, weil kein Dritter ein Recht auf diese meine Erklärung früher erlangt, bis ich zu meinen Vätern mich vereinige, und der einseitig geleistete Eid de non mutando meinem Gewissen überlassen werden muß. Die gegentheilige Meinung führt zu Inconsequenzen, die keiner Gesetzgebung eigen seyn dürfen. Ich halte daher die Bestimmungen des römischen Rechts für logisch richtig und nehme solche an. (Ed. Entw. §. 163.)

§. 138.

3) Durch Widerruf.

Ich wende mich nun zum Widerruf der Testamente selbst.

Durch die Veränderung des Willens wird ein Testament rumpirt; sie geschieht entweder durch Worte, oder durch die That, oder wenn man will, durch ausdrückliche oder stillschweigende Aufhebung der letzten Willenserklärung. Das erste geschieht durch den mündlichen oder schriftlichen Widerruf, das letzte durch die Vertilgung der Urkunde. Der Widerruf kann nur in einem zwang- und irrthumlosen, und in einem solchen Zustande

gültig geschehen, worin man einen letzten Willen zu erklären fähig ist.

Der österr. Codex läßt §. 718 einen gerichtlich erklärten Verschwender seinen letzten Willen gültig widerrufen, da aber sein nach der Prodigalitätserklärung errichtetes Testament nach §. 7 des Edictalentwurfs an sich ungültig ist; so mag er es widerrufen oder nicht, es bleibt ungültig. Ein vor diesem Zustande errichtetes kann er gültig zurücknehmen.

§. 139.

a) Einen ausdrücklichen.

Was nun zuerst den mündlichen Widerruf (die verbale Revocation) betrifft; so ist derselbe nach römischem Recht nur dann wirksam, wenn er vor wenigstens drei Zeugen oder vor Gericht erklärt wird, und darauf ein Zeitraum von zehn Jahren seit Errichtung des Testaments abgelaufen ist, const. 27. C. 6, 23; dieser Zeitraum ist daher abzuwarten, wenn auch das Testament vor eben so viel Zeugen widerrufen worden ist, als es errichtet wurde *). Das Mainzer L. R. gestattet Tit. 13. §. 7 den Widerruf vor so viel Zeugen, als es zur Errichtung des Testaments erfordert, und das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 587 verlangt ebenfalls zum Widerruf die nämlichen Förmlichkeiten, wie zur Errichtung. Bestimmt drückt sich darüber das österr. G. B. §. 719 in den Worten aus: »Ein mündlicher Widerruf einer ge»richtlichen oder außergerichtlichen letzten Anordnung er»fordert so viele und solche Zeugen, als zur Gültigkeit

*) Thibaut Pand. R. §. 828. Mackeldey Lehrb. §. 481 Note b.

»eines mündlichen Testaments nöthig sind; ein schriftli- »cher aber, eine von dem Erblasser eigenhändig geschrie- »bene und unterschriebene, oder wenigstens von ihm und »denen zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen »Zeugen unterfertigte Erklärung.«

Nach dem Axiom unumquodque eo genere dissolvetur, quo ligatum est, bin ich mit dem hier ausgesprochenen Grundsatz einverstanden. So viel Zeugen also zu einer gerichtlichen oder außergerichtlichen letzten Anordnung erfordert werden, eben so viele sind zu dessen Widerruf nothwendig, und da ein außergerichtlich schriftlich verfaßtes Testament entweder vom Testator selbst geschrieben, oder wenigstens unterschrieben und die Unterschrift der Zeugen beigefügt werden muß; so ist auch der Aufsatz, der die Erklärung des Widerrufs enthält, vom Testator und denen dazu erforderlichen Zeugen zu unterschreiben, oder wenn ersterer nicht schreiben kann, mit seinem Handzeichen zu versehen. Der Widerruf oder Zurücknahme eines gerichtlichen oder außergerichtlich mündlich errichteten letzten Willens (worüber der von den Zeugen gefertigte Aufsatz beim Amte hinterlegt werden muß) ist vom Richter in dem aufzunehmenden Protocoll ausdrücklich zu bemerken, da der Widerruf von der bloßen Zurücknahme sich wesentlich unterscheidet. Beim außergerichtlich schriftlichen Testament, das in den Händen des Testators bleibt, ist nur der schriftliche Widerruf denkbar *).

*) Nach französischem Recht kann eine jede Art von Testamenten in einer jeden der vorgeschriebenen Testamentsformen widerrufen werden, Art. 1035, da aber ein Testament, das in Beziehung auf seine äußere Form ungültig ist, als

Zur Rechtfertigung des gemachten Unterschiedes bemerke ich folgendes:

Die römischen Gesetze erfordern es nicht, daß ein gerichtliches Testament immer im Gerichte bleiben müsse. Es ist genug, wenn der actus testandi gerichtlich vollzogen ist. const. 19. C. 4, 20. Da es also blos etwas Zufälliges ist, wenn ein gerichtliches Testament beständig im Gerichte bleibt; so steht es auch dem Testator frei, davon abzugehen, und dies kann daher auch der Gültigkeit des Testaments nichts schaden. Freilich heißt es in const. 18. C. 6, 23:

> Testamenta omnia ceteraque, quae apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur, nec usquam permittatur, fieri ulla translatio;

allein in diesem Gesetz ist die Zurücknahme eines dem Gericht übergebenen Testaments nicht verboten, sondern es ist darin nur von der Publication des Testaments und davon die Rede, daß die im Gericht eröffneten Testamente daselbst aufbewahrt bleiben und an kein anderes Gericht zur Aufbewahrung gegeben werden sollen. Ob man aber deswegen das Testament nicht vom Gericht zurücknehmen und bei sich aufbewahren könne, davon sagt dies Gesetz gar nichts, und konnte auch nichts darüber sagen, da die Römer unsere gerichtlichen Testamente nicht gekannt haben.

---

nicht geschrieben betrachtet werden muß; so wird der in einem späteren, jedoch nicht förmlichen Testament geschehene Widerruf auch dann als nicht geschehen zu betrachten seyn, wenn das Testament, als eine Notariatsurkunde überhaupt betrachtet, zu Recht beständig seyn sollte. Zachariä Handb. des franz. C. R. B. IV. §. 615.

Aus der bloßen Zurücknahme des Testaments aus dem Gerichte erwächst keineswegs die Vermuthung einer stillschweigenden Revocation. Die Gesetze verlangen zum Widerruf eine ausdrückliche Erklärung des Testators, und vermuthen in zweifelhaften Fällen den Widerruf nicht. Diese läßt sich aber in dem angegebenen Falle nicht behaupten; denn wie oft kann nicht jemand in die Nothwendigkeit gesetzt werden, sein Testament vom Gericht zurückzunehmen, und sich in dem Falle befinden, es dem Gerichte nicht wieder einhändigen zu können. Sollte man also hier gleich dem Testamente seine Gültigkeit absprechen, da kein Gesetz es thut und vernünftigerweise es thun kann? Mit Ausnahme Weniger pflichten die meisten Rechtsgelehrten dieser Ansicht bei *), auch das preuß. L. R. Th. 9. Tit. 12. §. 565, das die Zurückforderung von der Zurücknehmung richtig unterscheidet und von ersterer auf letztere keinen Schluß gelten läßt. Ich bringe daher das Dispositive in Vorschlag, daß die vom Testator geschehene Zurücknahme eines, dem Gerichte übergebenen letzten Willens ohne die stillschweigende, d. i. durch die That erfolgte Erklärung des Widerrufs denselben nicht ungültig mache.

§. 140.

Noch drängt sich hier die Frage auf, wie es in Ansehung der Ademption eines Vermächtnisses zu halten sey, sobald zweifelhaft ist, welches unter mehreren Legaten der Erblasser eigentlich habe zurücknehmen wollen?

---

*) Madihn Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit, Abhandl. 21. Die Brüder Overbeck Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien, B. 1. Med. 1.

namentlich da, wo dieser Zweifel gerade die Person des Legatars betrifft, wo also Mehreren Legate hinterlassen worden sind, und wessen Legat zurückgenommen sey, ungewiß ist. Eine Stelle aus dem 24. B. des Ulpianus ad Sabinum fr. 3. §. 7. D. 34, 4 sagt:

Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit nec appareat, cui ademptum sit, utique legatum debetur: quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus, neutri legatum.

Hier ist der Fall ausgedrückt, wenn Zweien gleiches Namens jedem besonders (separatim) etwas vermacht worden ist, der Testator aber ein Legat zurücknimmt, und es zweifelhaft ist, welches Legat er darunter gemeint habe? Das Gesetz spricht beiden das Vermächtniß zu *).

*) Die Glosse bezeichnet diesen Fall also: Lego Titio Albo decem et Titio Nigro fundum: tandem dico: quod Titio dedi, adimo. Den Textesworten fr. 3. §. 7. D. 34, 4 scheint offenbar fr. 10. D. 34, 5 zu widersprechen, wo eben dieser Ulpian sagt: Sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronii, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat, cui ademptum sit; utrum datio in utriusque persona infringitur an ademptio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni, vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri; *ademptionem enim in utrumque valere.* Göschen, der in der mit v. Savigny und Eichhorn herausgegebenen Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. B. I. Abh. 6. dies fr. 10 mit fr. 3. §. 7 in Harmonie zu setzen sucht, will mit Chesius, Donellus und Bynkershoek, nach der Haloandrinschen und vier anderen Ausgaben also lesen: Et verius est in his omnibus etiam legata et liberta-

Eines der beiden Legate wollte der Erblasser zurücknehmen, ist es aber unbestimmt, welches Legat nichts gelten solle; so tritt die Regel ein: Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent fr. 75. §. 3. D. 50, 17. Es ist ein wesentlicher Irrthum, der nach §. 571 des österr. G. B. die Anordnung, daß das Vermächtniß zurückgenommen werde, ungültig macht.

§. 141.

Wie aber, wenn der Erblasser dem Erben oder Legatar unter der Androhung der Entziehung eines Vortheils im letzten Willen das Verbot auflegt, denselben nicht zu bestreiten, muß derselbe in jedem Fall, wenn er dieser Anordnung keine Folge leistet, den zugedachten Vortheil entbehren? Die Frage ist wichtig, weil der unternommene Rechtsstreit die Aufhebung der Anordnung bezweckt. Im Allgemeinen ist diese Frage zu bejahen. Die Dispositionsbefugniß des Erblassers, der sein Testament nicht aufgehoben wissen will, kann hier nicht be-

---

tes impediri, in *ademptione* autem utrumque »legatum scil.« valere. Soll es so heißen; so ist das *in* überflüssig. Der Florentinische Codex (doch wohl der beste) und sechs andere Handschriften schreiben »*ademptionem.*« Darin liegt eben der Widerspruch. Averanius Interpretat. lib. IV. c. 13. nr. 11—13 glaubt unrichtig, Ulpian hätte sagen sollen: et verius est in his omnibus etiam legata, et ademptiones, et libertates impediri. Westphal in dem Werk von Vermächtnissen (1791) §. 1403 erwähnt dieses Widerspruchs nur kurz dahin: »dieser Stelle »(nämlich fr. 3. §. 7. 34, 4.) ist L. 10. pr. de reb. du- »biis gerade entgegen.«

schränkt werden; er kann also seinem Sohne 10,000 fl. unter der Clausel legiren, daß, wenn er sich gelüsten lassen würde, seinen letzten Willen zu bestreiten, er nur den strengen Pflichttheil zu fordern berechtigt seyn solle *). Wenn aber der Erbe nur blos die Förmlichkeiten des Testaments angreift; so verordnet fr. 24. D. 34, 9: si testamentum patris jure factum filius negavit, quoniam de jure disputavit, non judicium impugnavit aut accusavit, retinet defuncti voluntatem, er bleibt also demungeachtet Erbe oder Legatar. Bestreitet er aber die Richtigkeit des Willens des Erblassers; so verliert er, wenn er unterliegt, das Zugedachte, es gehört dies nach römischem Recht unter die ereptitia emolumenta, die dem Fiscus anheim fallen. fr. 5. §. 6. D. 34, 9. fr. 13. §. 9. D. 49, 14.

Allein wenn der Sinn der Anordnung vom Erben bestritten, die Förmlichkeiten oder die Aechtheit der Urkunde von ihm angefochten wird; so wird im ersten Fall, da es oft auf Interpretation, und im zweiten Fall (der factum illicitum unterstellt) auf den Beweis des Betrugs oder der Unterschiebung ankommt, der Absicht des Erblassers, die er bei Anfügung der privatorischen Clausel hatte, und die sich nur auf seine Anordnung und geäußerten Willen beschränkt, keineswegs entgegen gehandelt. Ich halte daher mit Beziehung auf Leyser spec. 396. coroll. 1. die Disposition des österr. G. B. §. 720, daß diese Clausel alsdann, wenn nur der Sinn oder die Aechtheit der Erklärung angefochten werde, wirkungslos seyn solle, um so zweckmäßiger, weil gerade dadurch auf

---

*) *Gail* lib. II. obs. 145. nr. 8. *Carpzov* P. III. C. 7. def. 23. ur. 6. 7.

die Nothwendigkeit einer deutlichen letzten Willenserklärung, und die Entfernung alles Betrugs dabei, aufmerksam gemacht wird.

Es fragt sich aber, ob auch die bestrittene Befugniß des Erblassers über den Nachlaß zu verfügen, als der privatorischen Clausel nicht entgegen, hier zu halten sey? Mehrere Rechtslehrer behaupten die Affirmative, weil dadurch nur ein Recht bestritten werde, und diese Behauptung stimmt auch mit den Entscheidungen des Appell. Hofs zu Dresden überein. *Kind* Quaest. forens. T. 1. Cap. 62 p. 419 sagt: Haec principia supremus senatus provocationum in ejusmodi causis decidendis secutus est, dum clausulam privatoriam si in lite mota *de jure* vel de mente testatoris dubia disputatum fuerit haud obesse judicavit. Es führt aber diese Ausnahme offenbar zu weit, denn testirt der Erblasser über eine fremde Sache, die auch der Erbe nicht erwerben kann; so ist seine Anordnung nach §. 2. des Ed. Entw. über letztwillige Anordnungen ungültig, es kann also nur vom eigenen Vermögen und, außer dem gebührenden Pflichttheil, von einem zugewendeten Erbtheil hier die Rede seyn, das der Erblasser unter der privatorischen Clausel zu begreifen allerdings befugt ist. (Ed. Entw. §. 167.)

§. 142.

b) Stillschweigenden.

Eine zweite Art der Revocation des letzten Willens ist die stillschweigende, oder, was einerlei ist, die durch Thatsachen geschieht, d. i. durch dessen Zerreißung, Entsiegelung, Durchschneidung oder Durchstreichung. Dies ist allen Gesetzbüchern gemein. Wird von

mehreren gleichlautenden Urkunden nur eine vertilgt; so folgt daraus so wenig ein Widerruf der anderen, wie derselbe, wenn nur ein Theil des Testaments gelöscht worden ist, auf den stehen gebliebenen Theil gefolgert werden kann. fr. 2. 4. D. 28, 4. Ist die Verletzung oder Vernichtung des Testaments nur zufällig geschehen, rührt sie z. B. durch das Verschulden eines Dritten her; so verliert solches seine Wirkung nicht, wenn anders der Zufall bewiesen wird. fr. 1. pr. et §. 3. D. eod. *) (Ed. Entw. §. 168, 169.)

§. 143.

Wenn nun das Testament verloren gegangen ist, verliert es dann seine Wirkung? und wenn dies nicht ist, wie kann dessen Form und Inhalt erwiesen werden? Eine sehr folgenreiche Frage, die im franzöſ. Civ. G. B. übergangen worden ist. Das preuß. L. R. verordnet Th. 1. Tit. 12. §. 602 folgendes:

»Geht ein Testament oder Codizill durch Zufall verloren; so ist die Ausmittelung des Inhalts durch Beweis zulässig, §. 603, doch wird dazu ein vollständiger Beweis erfordert, welcher durch einen Erfüllungseid nicht erzeugt werden kann.«

Besser heißt es im österr. G. B. §. 722:

»Ist die Urkunde in Verlust gerathen; so verliert der letzte Wille seine Wirkung nicht, wenn anders der Zufall durch die in der Gerichtsordnung bestimmten Beweisarten und der Inhalt der Urkunde auf die Art erwiesen wird, wie eine mündliche letzte Anord-

*) Thibaut Pand. Recht §. 826.

»nung erwiesen werden muß,« (nämlich nach §. 585 durch drei Zeugen.)

Obgleich nach §. 579 des Gesetzbuchs auch zu einem außergerichtlichen schriftlichen Testament nur drei Zeugen erforderlich sind; so sind doch hierbei noch mehrere äußere Förmlichkeiten, z. B. die Unterschrift der Zeugen auf der Urkunde selbst vorgeschrieben, und die Beifügung des Jahres, Tages und Ortes nur angerathen worden, und da der §. 722 nur von dem Inhalte des Testaments nicht von den äußerlichen Förmlichkeiten redet; so bleiben die Fragen unentschieden, ob es dann auf den Beweis der beobachteten äußeren Förmlichkeiten nicht ankommen solle, ob dazu weniger als drei, oder aber drei Zeugen, die den Inhalt darthun sollen, erforderlich seyen?

Ich gehe hierbei von folgenden Grundsätzen aus:

1) wenn constirt, daß ein schriftliches Testament *) errichtet worden und in den Händen des Testators geblieben sey, solches sich aber bei dessen Ableben nicht vorfindet; so tritt die Vermuthung ein, daß der Testator solches selbst vernichtet und die darin enthaltene letzte Willensverordnung wieder aufgehoben habe. *Lauterbach* in diss. de cancellatione thes. 51. juncta thes. 34 et 35. *Stryk* cautel. testam. cap. 24. §. 45. Daher erscheint in diesem Falle der Beweis des Inhalts durch Zeugen als unstatthaft, wenigstens muß

---

*) Von einem außer dem Gericht mündlich errichteten kann die Rede nicht seyn, da nach meinem Vorschlag die Zeugen den von ihnen gefertigten Aufsatz dem Landoberschultheißen zur Deposition beim Amt überbringen müssen.

2) nicht blos der Inhalt der nicht vorgefundenen Urkunde, sondern auch der Umstand, daß sie durch Zufall zu Grunde gegangen sey, von demjenigen, der ein Erbrecht darauf gründen will, erwiesen werden. const. 18. C. de testib. *Harpprecht* consultat. crim. et civil. vol. nov. cons. 44. nr. 389—391.

3) Die ohne Grund in einigen Rechtscompendien enthaltene Behauptung, daß, wenn ein Testament oder die bei einem mündlichen Testament verfaßte Urkunde verloren gegangen, dessen Inhalt in der Folge durch zwei vollgültige Zeugen erwiesen werden könne, ist ganz unrichtig, vielmehr ist zwischen den äußeren Förmlichkeiten eines Testaments und dessen Inhalt zu unterscheiden. Nur die ersteren, daß nämlich solche beobachtet worden seyen, kann durch zwei Zeugen erprobt werden, dagegen muß der Inhalt nothwendig durch eben so viele Zeugen erwiesen werden, als zur Testamentifaction erforderlich sind, weil ein Testament mehrere Anordnungen enthalten kann, bei welchen, wenn die Zeugen in ihren Aussagen nicht alle übereinstimmen, Personen Vortheile zugewendet werden können, die gar nicht in der Absicht des Testators lagen, wie solches *Harpprecht* in cit. cons. 44 nr. 91 u. ff. (das sehr lesenswerth ist) und Burkh. *Bardili* in diss. de testam. nuncupat. §. 37 u. ff. schön ausgeführt haben. Hiermit stimmte die Praxis an dem zu Grabe gegangenen Reichskammergericht überein, *Mynsinger* Cent. 4. Obs. 98, auch die beim Tribunal zu Wismar. Med. IX. D. 149. und so ist auch das Trierische L. R. Tit. 1. §. 14 zu verstehen, wenn es im Allgemeinen sagt: »daß dann die »Zeugen (nämlich alle diejenigen, die zugezogen waren und zur Testamentifaction nothwendig sind) »eidlich ab-

»gehört werden sollen,« welches auch das Mainzer L. R. Tit. 13. §. 7 vorschreibt.

4) Die Zeugen dürfen den Inhalt nicht blos im Allgemeinen oder mit dem Beisatz: »unter anderen« angeben, es ist vielmehr aus dem angeführten Grunde erforderlich (um mich hier der Worte des großen Harpprecht zu bedienen), quod omnes testes testamentarii de toto hujusmodi testamenti tenore deponere, et de omnibus recordari debeant, ita ut si aliqui plus, alii minus deponant non sint testes legitimi eo quod *totum* nesciant (a. a. O. N. 317). Diese Grundsätze hat das nassauische Oberappellationsgericht im Jahr 1818 in Sachen Peter Neu gegen Mathias Hastrich und Consorten Testament betreffend, anwendbar gemacht, und ich habe sie, da ich sie für die richtige halte, im §. 70 des Edicts in Vorschlag gebracht *), indem, wenn der Inhalt des letzten Willens durch die übereinstimmende Aussage der Zeugen, oder bei gerichtlich mündlich errichtetem durch die Deposition des Richters und Actuars nicht außer Zweifel gesetzt werden kann, es gar kein Unglück ist, wenn der Nachlaß den Intestaterben zufällt.

§. 144.

Die römischen Gesetze setzen mit Recht voraus, daß, wenn ein früheres Testament durch ein späteres aufgehoben werden soll, dies letztere mit allen inneren und äußeren Erfordernissen versehen seyn müsse, fr. 1. D. 28. 3. §. 2. I. 2. 17, dagegen ist in dem Fall, wenn ein

---

*) Ein merkwürdiger Rechtsfall in dieser Materie findet sich im Reichshofrath in Justiz- Gnaden- und anderen Sachen No. LII. S. 270. Augsb. 1791.

späteres Testament widerrufen worden ist, das zuerst errichtete nach der Strenge des Civilrechts ungültig; allein der Prätor ertheilt dem eingesetzten Erben daraus bonorum possessionem secundum tabulas fr. 11. §. 2. D. 37. 11.

Das Mainzer L. R. Tit. 13. §. 4 läßt nur in dem Fall ein früheres Testament bestehen, wenn das spätere mangelhaft seyn sollte. Das österr. G. B. §. 723 beschränkt die Gültigkeit der früheren letzten Willensanordnung nach Vernichtung der späteren darauf, wenn erstere schriftlich verfaßt worden ist, und läßt eine frühere mündliche Anordnung dadurch, daß die spätere vernichtet worden, nicht wieder aufleben. Grund des Gesetzes ist, weil ein mündliches außer dem Gericht errichtetes Testament meistens in einer nahen Todesgefahr errichtet würde, und wenn der Erblasser später ein schriftliches Testament errichte, ersteres oft ganz von ihm vergessen würde. S. Scheidleins Handb. §. 723. Diese Disposition scheint mir jedoch nur halb richtig zu seyn, denn die Vermuthung streitet nicht dafür, daß ein früheres gerichtliches Testament bestehen solle, wenn der Erblasser ein späteres bei Gericht errichtetes oder ihm übergebenes zurücknimmt. Ueber diesen Umstand hat in jedem Falle die Gerichtsbehörde den Testator zu befragen und solches zu protocolliren. Beim außergerichtlichen schriftlichen Testament könnte die obige Vermuthung eher eintreten, weil, wenn der Testator ein früheres Testament unversehrt in seinem Pulte verwahrt, das darin befindliche spätere aber erbrochen oder zerrissen befunden wird, er wahrscheinlich dadurch andeuten wollte, daß das frühere bestehen solle. Allein ohne eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers läßt sich dies,

ohne daß es Zweifel zurückläßt, nicht annehmen. Eine solche Erklärung muß mit Zuziehung der zu einem solchen Testament erforderlichen Zeugen geschehen. Beim mündlich außergerichtlich aufgenommenen letzten Willen versteht es sich aber ohnehin, daß solcher durch ein später errichtetes, nachher cassirtes Testament nicht wieder aufleben kann, dafür bürgt der oben von Scheidlein angeführte Grund. (Ed. Entw. §. 170. 171.)

§. 145.

c) Einen vermutheten. α) Beim Legat der Forderungen.

Es kommt jetzt die Reihe an den vermutheten Widerruf eines Vermächtnisses. Was zuerst das Legat der Forderungen betrifft; so habe ich es im vorigen Abschnitt §. 94 beim legato nominis nur leise berührt, daß, wenn der Schuldner die Forderung nach dem Zeitpunct des vermachten Legats nicht aus eigenem Antriebe, sondern auf die Anmahnung des Erblassers bezahlt, und dieser sie nicht in gleicher Summe wieder auslehnt, das Legat seine Wirkung verliert, daß, wenn aber die Schuld durch Gegenforderungen, die nach dem Zeitpunct des Vermächtnisses entstanden, und worüber der Erblasser sich nicht mit dem Schuldner berechnet hat, aufgehoben werde, die Vermuthung für den Legatar streite, daß ihm der Betrag des Vermächtnisses bleiben solle. Den ersten Satz beweise ich durch §. 21. I. 2, 20. in den Worten:

Et ideo quod defuncto debetur potest alicui legari — nisi exegerit vivus testator pecuniam, nam hoc casu legatum extinguitur.

Im fr. 11. §. 13. in f. D. 31 meint nun Ulpian, daß, wenn der Erblasser das eincassirte Geld bei sich hinter-

legt, oder die Schuld nicht eingemahnt, freiwillig vom Schuldner ihm bezahlt worden sey, das Vermächtniß bei Kräften bleibe, welches auch nach der Meinung Papinians in fr. 23. D. 34, 4 dann der Fall sey, wenn der Erblasser eine Sache für das Geld angekauft habe; denn so sagt er:

Pater inter filios facultatibus divisis, filiam ex ratione principili commodorum trecentos aureos accipere voluit, ac postea de pecunia commodorum possessionem paravit, nihilominus fratres et coheredes sorori, et fideicommissum praestabunt. Non enim absumtum videtur quod in corpus patrimonii versum est.

Da hier die Rede davon ist, was gesetzlich zu bestimmen sey, so bin ich der Meinung, daß das Legat der Forderung für aufgehoben angesehen werden müsse,

1) wenn der Erblasser dem Schuldner die Forderung nachläßt,

2) wenn der Erblasser für die gezahlte Schuld eine Sache angekauft hat, z. B. ein Haus, ein Grundstück, weil alsdann keine Forderung, die nur allein legirt wurde, mehr existirt.

3) Ohne Unterschied, ob der Erblasser die Forderung eingetrieben und erhoben, oder der Schuldner sie freiwillig abgetragen hat, wenn der Erblasser das Geld entweder nicht besonders aufbewahrt, oder in unzertrennter oder zertrennter Summe in dem nämlichen oder geringeren Betrage wieder ausgeliehen hat, weil alsdann das, was der Erblasser zum Vermächtniß bestimmt hatte, in seiner Wesenheit nicht mehr besteht.

4) Wenn die Schuld durch Gegenforderungen, die nach dem Zeitpunct, wo das Legat ausgesetzt wurde,

entstanden sind, und worüber sich der Erblasser mit dem Schuldner nicht berechnet hatte, aufgehoben wird. Hier eine Abweichung vom preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 411.

So viel vom Widerruf des Legats der Forderungen. (Cd. Entw. §. 172.)

§. 146.

b) Bei anderen Vermächtnissen.

Ferner wird vermuthet, daß ein Legat widerrufen worden sey, wenn der Erblasser

1) eine jemandem zugedachte Schuld verschenkt, selbst wenn auch die Schenkung gesetzlich nicht besteht. fr. 17 et 24. §. 1. D. 34, 4.

2) Wenn er die Sache veräußert und nicht wieder zurückerhalten hat, z. B. ein vertauschtes Haus nicht wieder zurückgekauft worden ist. §. 12. I. 2, 20.

3) Wenn er die vermachte Sache auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß sie ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert, z. B. wenn der Erblasser aus dem legirten Stücke Tuch Kleider verfertigen, aus dem legirten Bauholz Breter schneiden läßt. fr. 65. §. 1. D. 30. fr. 88. §. 1. sq. D. 32.

4) Wenn die Veräußerung des Legats auf gerichtliche Anordnung geschehen ist.

Dagegen hört das Legat nicht auf, wenn

1) die Sache salva substantia nur verändert worden ist, z. B. dem legirten Hause ein Stockwerk aufgesetzt, eine Scheuer in ein Wohnhaus verwandelt wird, weil die Sache mit Beibehaltung ihrer Gestalt und Namens noch immer vorhanden ist.

2) Die Sache ohne Einwilligung des Erblassers oder durch Zufall verwandelt worden ist, z. B. der legirte Wein in Essig übergegangen ist.

Das österr. und preuß. G. B. harmoniren nicht durchgängig mit diesen Grundsätzen, sie scheinen mir jedoch der Natur am angemessensten zu seyn. (E. E. §. 173.)

§. 147.

4) Durch Entsagung der Erben.

Endlich wird eine letzte Anordnung wenigstens in Hinsicht auf die Erbeseinsetzung aufgehoben, wenn weder ein Erbe noch ein Nacherbe die Verlassenschaft annehmen kann oder will, oder in römischer Sprache das Testament destituirt wird. Ich beziehe mich deshalb auf das im §. 23 darüber Gesagte, und bemerke nur hier, daß auch die Entsagung auf eine Erbschaft nach dem folgenden Abschnitt gerichtlich geschehen muß. Das Erbrecht fällt alsdann auf die gesetzlichen Erben. Diese sind aber verpflichtet, die übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen; keineswegs nach den römischen Civilgesetzen, allein nach dem Naturrecht *); denn der Erblasser, wenn er seinen Intestaterben den Nachlaß hätte überlassen wollen, würde ohne Zweifel die Erfüllung seiner übrigen Anordnungen ihnen auferlegt haben. Es tritt also hier eine natürliche Verbindlichkeit für die gesetzlichen Erben um so mehr ein, da die Legatarien und von Todes wegen Beschenkte unter dem oft zufälligen Umstand, daß jemand nicht Erbe seyn kann oder will, nicht leiden können.

Den Fall angenommen, daß auch die gesetzlichen Erben der Erbschaft entsagen; so ist es freilich nothwendig, daß der Nachlaß einen Herrn bekomme, allein der Staat kann nach meiner Ueberzeugung noch nicht succediren,

---

*) Höpfner a. a. O. §. 727. S. 637.

sondern es ist anzunehmen, daß der Erblasser die Legatare, die er nach den eingesetzten Erben bedacht hat, habe begünstigen wollen. Es dringt sich uns diese Vermuthung um so mehr auf, da der Erblasser, wenn er keine Zuneigung zum Legatar gehabt hätte, ihn gewiß mit Stillschweigen übergangen haben würde. Es ist alsdann ein Curator der Verlassenschaft zu bestellen, der Namens der Legatare die zweckmäßigen Vorkehrungen zu treffen hat. Der nach Abzug der Erbschaftslasten übrig bleibende Nachlaß wird, wenn sie nicht vollständig befriedigt werden können, nach Verhältniß dessen, womit sie bedacht worden sind, unter ihnen vertheilt, und nach eben diesem Maasstabe können sie den nach ihrer vollen Befriedigung sich ergebenden Ueberschuß in Anspruch nehmen. (Ed. Entw. §. 174.)

Drititer Abschnitt.

Von Besitznehmung der Erbschaft.

§. 148.

Bedingung zur rechtlichen Besitznehmung einer Erbschaft.

Nach denen motivirten Gesetzesvorschlägen über die gesetzliche und testamentarische Erbfolge ist es nun vom höchsten Interesse zu begutachten, wie der Besitz einer Erbschaft am zweckmäßigsten auf den Erben übergehe, und welche Verfügungen deshalb nothwendig sind.

Es ist hier nicht von der prätorischen Verfügung, bonorum possessio edictalis genannt, die Rede *), die

---

*) Die decretatis gehört in den Proceß.

ich gern der Schule überlasse, und im baierischen Codex Max. für eine unbrauchbare Antiquität erkannt wird *), die sie auch in der That ist, da über den reinen Begriff dieser Lehre, aller angewandten Mühe ungeachtet, Dunkelheit verbreitet ist **); vielmehr handelt es sich hier darum, welchen Weg der Erbe in jedem Falle einzuschlagen habe, um sich den Besitz und Genuß der Erbschaft zu verschaffen, und welcher der nächste und natürlichste sey.

Nach Vergleichung der österr., franz. und preuß. Gesetzbücher erscheint mir auch im ersteren die Lehre vom Besitz der Erbschaft gelungener, wie in letzterem.

Nach Art. 1006 des franz. G. B. tritt der Universallegatar, wenn kein Erbe vorhanden ist, dem ein Pflichttheil gebührt, sogleich durch den Tod des Erblassers von Rechtswegen in den Besitz des Vermögens, ohne die Auslieferung desselben begehren zu müssen. Sind dagegen Pflichttheilsberechtigte vorhanden, so treten diese Erben durch den Tod des Testators ohne Weiteres in den Besitz des ganzen Vermögens ein, und der Universallegatar kann von ihnen die Auslieferung des im Testament begriffenen Vermögens fordern. Art. 1004.

Der §. 368 Th. 1. Tit. 9 des preuß. L. R. sagt: »dieser (nämlich derjenige, den eine letzte Willenserklärung

---

*) Kreitmayer Anmerk. Th. 3. c. 1. §. 2. nr. 2.

**) Schon die Definition, die der große Vertheidiger dieser Lehre, der Kanzler Koch, bonoram possessio S. 42, davon giebt, bestätigt dies; »sie sey, sagt er, jus quod praetor lexque nova, ad Praetoris similitudinem, in hereditatem concedit, jure civili incognitum. Nach den Vorschriften der Gesetze, nicht nach denen des Richters, muß der Besitz einer Erbschaft ertheilt werden.

oder das Gesetz zur Erbschaft beruft) »erlangt das Ei»gentum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen »Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitz»ergreifung bedarf.«

Ich gehe von dem Grundsatz aus: niemand darf sich eigenmächtig in den Besitz einer Erbschaft setzen, sondern das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und von demselben die Uebergabe in den rechtlichen Besitz, in Oesterreich Einantwortung genannt, bewirkt werden, weil a) eine Verlassenschaft nicht bonum vacans ist, b) die Gläubiger vorzugsweise vor dem Erben ein Recht auf die Verlassenschaft haben, c) das Erbrecht unter mehreren streitig seyn kann, d) der Staat dafür sorgen muß, daß der Wille des Erblassers genau befolgt, und diejenigen, welchen aus der Verlassenschaft Gebühren zu entrichten sind, nicht verkürzt werden. Auf diesen, wie mir däucht, gesunden Grundsätzen beruht das österreichische Einantwortungssystem.

Also die Abhandlung der Verlassenschaft, oder die Verhandlungen, welche sie betreffen, und die in der Erforschung, Verwaltung und rechtmäßigen Zutheilung des Nachlasses bestehen, müssen gerichtlich gepflogen werden, um der Unsicherheit des Besitzes und mannichfaltigen Streitigkeiten, die darüber entstehen können, wohlthätig zuvorzukommen *). Die nach einem Todesfalle vom Gericht vor-

---

*) Nach attischem Recht lag in dem Fall einer testamentarischen Adoption (die nach Th. I. §. 6 auch durch die Einführung in die Phratrien geschehen konnte) der Antrag auf einen richterlichen Zuspruch in der Natur der Sache, da derselbe bei einer jeden testamentarischen

zunehmende Publication des Testaments, die dem Erben zu ertheilenden Fristen, um zum Besitze der Erbschaft zu gelangen, die zu treffenden Vorsichtsmaasregeln für die Aufbewahrung und Erhaltung der Erbschaftsstücke, die Anordnung eines Güterpflegers für minderjährige und abwesende Erben u. dgl., alle diese Gegenstände gehören in das Gebiet des Proceßcoder. Hier ist nur zu bestimmen, was den Theilnehmern, also den Erben, oder demjenigen, der sonst einen Anspruch auf die Verlassenschaft hat, z. B. den Legatarien zu thun obliege, um zum Besitze dessen, was ihnen gebührt, zu gelangen.

§. 149.

Ausweisung des Rechtstitels. Erbeserklärung.

Der französische Civilcoder sagt Art. 775: »Niemand »ist gezwungen, eine Erbschaft anzunehmen.« Das ist ganz richtig; er unterscheidet aber Art. 778, wie das römische Recht *) unter der ausdrücklichen und stillschweigenden Annahme aditio hereditatis und gestio pro herede), und eröffnet dadurch bei letzterer ein weites Feld zu Streitigkeiten und Processen, dagegen schützt aber die gerichtliche Erklärung für das Annehmen und Ausschlagen. Wer eine Erbschaft in Besitz nehmen will, muß daher 1) den Rechtstitel dazu und die Erbes-

---

Succession erfordert wurde, so wie auch wohl die übrigen durch eine ἐπιδικασία das väterliche Vermögen sich zusichern ließen. Sodann waren die Adoptirten, wenigstens die durch ein Testament, gehalten, die Erbtöchter zu heirathen, indem keine letztwillige Verordnung ohne Auferlegung dieser Verbindlichkeit für rechtsbeständig erkannt wurde. Platner attisches Recht, S. 136, N. *)

*) §. 6 et ult. I. de hered. qualit. et differ.

erklärung dem Gerichte ausweisen, er muß ausweisen, daß sie ihm entweder vermöge des Gesetzes, oder aus einer letzten Anordnung, oder aus einem gültigen Erbvertrage gebühre. Hier streitet die Vermuthung so lange für die gesetzliche Erbfolge, bis der Rechtstitel aus einem Testament oder Erbvertrage erwiesen ist. Die Urkunde liefert dem Gericht den Beweis. 2) Ist die ausdrückliche Erklärung des Erben, daß er Erbe seyn wolle, erforderlich, der österr. Coder §. 799 verwirft nach v. Zeillers Comment. und Scheidleins Handbuch die stillschweigende mit Recht aus dem Grunde, weil Thatsachen, wie die Entrichtung eines Legats, die Befriedigung eines Erbschaftsgläubigers u. s. w. keine Gewißheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit hervorbringen, mithin über das Factum der Erbeserklärung immer noch Zweifel erregt werden könnte. Sie muß in der Regel schriftlich bei Landleuten durch die Erklärung zum Protocoll, so wie die Verzichtung nach dem französischen Coder Art. 784 ebenfalls gerichtlich geschehen. Die Erbeserklärung giebt aber dem Erben noch kein Recht. Die Behörde, bei welcher sie überreicht wird, hat noch zur Zeit nicht über Erbrecht zu erkennen, sondern sie legt die Erbeserklärungen von verschiedenen Mitwerbern (gesetzlichen und testamentarischen) zu den Acten, da ihr vor der Hand nur daran liegt, zu wissen, wer das Erbrecht in Anspruch nehme. (Ed. Entw. §. 176—178.)

§. 150.

Wirkung der unbedingten und der bedingten Erbeserklärung.

Die Erbeserklärung kann bedingt oder unbedingt geschehen; die bedingte geschieht mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums. Diese Rechts-

wohlthat konnte unmöglich, gleichwie im römischen Recht im Titel de jure deliberandi in dem nämlichen Abschnitt, worin die Deliberationsfrist zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft bestimmt werden mußte, eingereicht werden, da bei ersterer, als bedingter Erbeserklärung vom Besitz, bei letzterer aber, abgesehen davon, blos von der Erklärung des Willens zur Erbschaftsantretung die Rede war. Die bedingte Erbeserklärung setzt die Aufnahme eines Inventariums von der geeigneten Behörde voraus, um zu ermessen, ob der Nachlaß zur Bestreitung der Erbschaftslasten zureiche. Bei Strafe der Zurückweisung muß die Erbeserklärung ausdrücklich enthalten, ob sie bedingt oder unbedingt geschehe. (Ed. Entw. §. 178.)

§. 151.

Die unbedingte Erbeserklärung hat zur Folge, daß der Erbe nach römischem Recht allen Gläubigern des Erblassers für ihre Forderungen und allen Legataren für ihre Vermächtnisse haften muß. Mit Ausnahme der blos persönlichen Rechte und Leistungen des Erblassers überkommt er die ganze Erbschaft mit allen Lasten und Nutzbarkeiten. fr. 87. D. 50, 18. fr. 8. D. 29, 2. Ohne einen Quasicontract hier anzunehmen, spricht die Vernunft dafür, daß derjenige, der die Anordnungen des Erblassers in allen Puncten erfüllen zu wollen erklärt, selbst dann, wenn auch die Erbmasse nicht hinreicht, dennoch der übernommenen Verbindlichkeit ein vollständiges Genüge zu leisten schuldig ist. Das, was das römische Recht gebietet, verordnen auch alle Gesetzbücher. (Oesterr. G. B. §. 801. Franz. G. B. Art. 779. Preuß. L. R. Th. 1. Tit. 14. §. 334.) (Ed. Entw. §. 179.)

Um sich aber vor der Gefahr zu schützen, die übernommenen Verbindlichkeiten weiter, als die Kräfte der Erbmasse reichen, erfüllen zu müssen, verlieh Justinian dem Erben die Wohlthat des Inventariums, oder die Befugniß, vor der Uebernahme des Nachlasses durch eine von der obrigkeitlichen Behörde geschehene Aufzeichnung der Erbschaftsstücke (descriptionem legitime factam) zu prüfen, ob und in wie weit ersterer zu Bestreitung der darauf liegenden Lasten zureichen möchte, um nicht aus eigenen Mitteln einen Zuschuß leisten zu müssen. const. 22. pr. C. 6, 30. Auch diese dem Erben zu vergönnende Rechtswohlthat, die eine Obsignation voraussetzt, und einer Vermischung des Vermögens des Erblassers und des Erben vorbeugt, ist allen Gesetzbüchern gemein. (Preuß. L. R. a. a. O. §. 422. Code civil §. 800.)

Im preuß. L. R. wird es dem Erben überlassen, das Inventarium selbst zu fertigen und gerichtlich niederzulegen, nach dem Art. 942—944 des franz. Proceßcoder, dem österr. G. B. §. 802, den §§. 7 und 40 der herz. nassauischen Verwaltungsordnung für die h. Amtsbehörden, muß die Inventur gerichtlich oder, was einerlei ist, durch den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie es sich von selbst versteht, auf Kosten der Masse geschehen. Eine zu Sicherstellung der Erbmasse der Gläubiger und Legatarien sehr weise Maasregel.

§. 152.

Wann oder in welcher Zeit ist nun aber ein Inventarium zu errichten? Das römische Recht bestimmt dazu 30 Tage von dem Augenblick an, da der Erbe den Anfall der Erbschaft vernommen hat, um es anzufangen,

und weitere 60 Tage, oder wenn Hindernisse vorfallen, ein Jahr, um es zu vollenden *). Andere römische Erfordernisse, als die Zuziehung eines Tabularii, der Legatarien und Fideicommissarien, oder in deren Abwesenheit die Zuziehung von drei Zeugen, übergehe ich. Im Herzogthum Nassau ist die obrigkeitliche Obsignation, demnächstige Reseration (meistens nach 4 Wochen) und Inventarisation gewöhnlich. Das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 9. §. 424 bestimmt die Frist zur gerichtlichen Niederlegung des Inventariums auf sechs Monate nach dem Ablauf der gesetzlichen Erklärungsfrist von sechs Wochen, von Zeit der erlangten Kenntniß vom Erbschaftsanfall angerechnet (384. 385.), und der franz. Civ. Coder zur Fertigung des Inventars von Zeit der Eröffnung der Erbschaft drei Monate, und vom Ablauf dieser Frist, oder vom Tage des Schlusses des Inventariums noch weitere vierzig Tage. Art. 795. Dagegen bestimmt das österr. G. B. zur Fertigung des Inventariums gar keine Frist, sondern verlangt §. 802, daß solches sogleich, d. i. sobald es die Zeitumstände erlauben (versteht sich nach erfolgter bedingten Erbeserklärung) errichtet werde.

Da es zu den Pflichten der Landoberschultheißen gehört, die Inventur zu befördern; so glaube ich, daß eine Zeitbestimmung um so unnöthiger ist, da dem interessirten Erben Mittel zu Gebote stehen, um sie zu bewirken.

---

*) const. 22. C. 6, 30. Nov, 1. c. 2. Höpfner a. a. O. §. 549.

§. 153.

Berechtigung zur bedingten oder unbedingten Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft.

Der Erblasser kann dem Erben die Errichtung eines Inventariums nicht verbieten, er kann ihm die Wohlthat der vorhin gedachten Prüfung des Vermögensstandes nicht entziehen, da durch ein solches Verbot die Gläubiger und die, welchen der Pflichttheil gebührt, gefährdet und benachtheiligt werden können *). Wenn daher auch der Erbe dem Erblasser auf diese Wohlthat Verzicht geleistet haben sollte; so ist dieselbe ungültig. Diesen Grundsatz befolgt auch das österr. G. B. §. 803 mit dem Zusatz, daß selbst der in einem Erbvertrage zwischen Ehegatten geschehene Verzicht von keiner Wirkung sey, aus dem ganz einfachen Grunde, weil der Gesetzgeber die oben erwähnte Besorgniß zu beseitigen beabsichtiget. Der Notherbe kann, wenn auch der eingesetzte Erbe unbedingt zum Erben sich erklärt haben sollte, dennoch die Errichtung eines Inventariums verlangen; denn ist ihm der Pflichttheil unbestimmt hinterlassen; so erhält man erst durch die Inventur die Gewißheit, ob der Notherbe im Pflichttheil verkürzt worden sey oder nicht. (Ed. Entw. §. 181.)

§. 154.

Der Erbe kann die Erbschaft antreten oder ausschlagen, bedingt oder mit Vorbehalt des Inventariums dieselbe annehmen. Schon im §. 3 des Ed. Entw. über die gesetzliche Erbfolge ist es vorgekommen, daß nur bei demjenigen eine Ausnahme statt findet, der seine Rechte

---

*) *Wernher* P. III. Obs. 36. P. 1. Obs. 17.

selbst zu verwalten unfähig ist. Hier ist nur wegen des Besitzes der Erbschaft zu Ausfüllung der in der Instruction für Vormünder und Curatoren *) befindlichen Lücken in Gefolge Art. 461 des franz. Civilcoder zu bestimmen, daß Letztere zwar mit Vorbehalt der Rechtswohlthat, keineswegs aber eigenmächtig Namens ihrer Pflegbefohlenen eine Erbschaft auszuschlagen, oder unbedingt anzunehmen befugt seyn sollen, weil der Gerichtsbehörde daran gelegen ist, zu wissen, ob die Vormünder mit Umsicht hierbei zu Werke gehen. Ob Frauenspersonen zur Verzichtleistung auf eine Erbschaft, zur bedingten oder unbedingten Erbschaftsantretung befugt sind, gehört nicht hierher, sondern zu der Lehre von den Rechten, die sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen.

Wer zum Gerichtsprotocoll unbedingt zum Erben sich erklärt hat, kann nachher die Rechtswohlthat des Inventariums sich nicht vorbehalten, nach der Regel: factum (deliberato animo) infectum fieri nequit **). (Ed. Entw. §. 184. 185.)

§. 155.

Es ist im röm. Rechte und im österr. G. B. §. 807 entschieden, daß, wenn unter mehreren Miterben einer unbedingt, ein anderer aber mit Vorbehalt des Inventariums die Erbschaft antritt, ein Inventarium errichtet werden muß, melior est conditio prohibentis. Die

*) Edictensammlung B. 1. S. 75.

**) Nicht einmel die stillschweigende Erbschaftsantretung berechtigte nach dem römischen Recht zur Rechtswohlthat des Inventariums. *Voet* Comment. L. XXVIII. T. 8. nr. 14.

bedingte Erbeserklärung ist alsdann zum Grunde zu legen. Allein auch in dem Fall, wenn der eingesetzte Erbe mit einer fideicommissarischen Substitution beschwert ist, muß ein Inventarium errichtet werden, weil dem fideicommissarischen Erben daran liegt, den Stand der Erbschaft zu wissen. Ein Gleiches findet in dem Falle statt, wenn das Erbrecht unter Mehreren streitig ist. Muß vermöge des Gesetzes ein Inventarium errichtet werden (welches auch dann statt finden kann, wenn wegen zu vieler Schulden der Erbe solche zu übernehmen sich weigert); so kommt auch demjenigen, der die Erbschaft unbedingt angetreten hat, diese Rechtswohlthat, so lange ihm sein Erbtheil noch nicht übergeben worden ist, zu statten, weil der Grund, aus welchem der Erbe bei mangelndem Inventarium aus seinem eigenen Vermögen haften muß, wegfällt. Scheidlein *) behauptet, daß, wenn einem Erben, der sich unbedingt zum Erben erklärt hat, sein Erbtheil bereits überliefert worden sey, ein anderer aber sich nur bedingt zum Erben erkläre, die Erklärung des letzteren dem ersteren nicht zu statten kommen könne, weil die Verlassenschaft mit dessen Vermögen vermengt worden sey. So richtig dies ist, so kann doch nicht eher eine Vermögensausantwortung geschehen, bis die Erklärung aller Erben über den Verzicht die bedingte oder unbedingte Antretung erfolgt ist; es bedarf dies daher keiner gesetzlichen Disposition. (Ed. Entw. §. 185.)

§. 156.

Daß Personen, denen ein Pflichttheil gebührt, mit Vorbehalt dieses Pflichttheils die Erbschaft ausschlagen

---

*) Handb. des österr. Priv. R. §. 807.

können, liegt in der billigen und gesetzlichen Begünstigung der Notherben. Andere Personen aber, die nicht Notherben sind, sind selbst in dem Fall, wenn ihnen auch ohne letzte Willenserklärung ein Erbrecht ganz oder zum Theil gebührt hätte, nicht befugt, auf die gesetzliche Erbfolge sich zu berufen und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln *). Ein solcher Erbe muß die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten, oder ihr ganz entsagen; denn ist er der alleinige Erbe; so hätte er von dem Erbrechte ganz ausgeschlossen werden können, und concurrirt er mit anderen Erben; so wächst durch seinen Verzicht auf die Erbfolge aus dem letzten Willen sein Erbtheil den übrigen Erben zu. (Ed. Entw. §. 186.)

§. 157.

Uebertragung des Erbrechts.

Der Grundsatz des römischen Rechts, daß der, der vor angetretener Erbschaft stirbt, die Erbschaft weder erwirbt, noch solche auf seine Erben transmittirt, ist bekannt. const. un. §. 5. 6. C. 6, 51. Eine Ausnahme machen die in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, die Hörigen, die ohne Antretung die Erbschaft auf ihre Erben übertragen. fr. 12. D. 29, 2. Der franz. Civ. Coder generalisirt Art. 781 diese Ausnahme des gemeinen Rechts in den Worten:

»Lorsque celui a qui une succession est echue, est »décédé sans l'avoir repudiée ou sans l'avoir acceptée expressement ou tacitement, ses heretiers »peuvent l'accepter, ou la repudier de son chef.«

---

*) Madihn Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit, Abh. 20. Breslau 1814.

Das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 9. §. 370 verordnet ebenfalls: »Stirbt der Erbe, noch ehe er die Erbschaft »in Besitz genommen hat, so geht dennoch sein Recht »daran auf seinen Erben über.« Es können aber doch nur dann die Erben desjenigen, der eine Erbschaft weder angetreten, noch ausgeschlagen hat, in sein Recht sie anzunehmen oder auszuschlagen, eintreten, wenn der Erblasser sie nicht ausgeschlossen, oder nicht andere Nacherben bestimmt hat.

Ich habe Th. 1. §. 9. gesagt, daß der vermeintliche Erbe, der vor dem Erblasser sterbe, kein Transmissionsrecht habe, dort war aber von einem präsumtiven von dem Willen des Erblassers noch abhängenden gesetzlichen oder testamentarischen Erben, hier ist dagegen von einer bereits angefallenen Erbschaft und von einem Erben die Rede, dessen Recht auf die Erbschaft durch den Tod des Erblassers bereits devolvirt war, der aber vor angetretener Erbschaft verstirbt und nun das Erbrecht auf seine Erben transmittirt. Die Billigkeit spricht für dies Transmissionsrecht, indem es der Absicht des Erblassers, der den Todesfall seines Erben vor angetretener Erbschaft voraussehen konnte, vollkommen entspricht, daß das auf den Erben devolvirte Recht auf dessen Erben transmittirt werden solle, ihnen gebührt aber nicht nur die abhängige, sondern auch die vollständige Ueberlegungsfrist. Der Ausschluß dieser Erben, oder die Ernennung eines Nacherben erzeugt für erstere einen von dem Transmissionsrecht abweichenden Grundsatz. (Ed. Entw. §. 187.)

§. 158.

Vorkehrungen vor der Besitzübertragung der Erbschaft. a) Verwaltung.

Wenn auch der Erbe bei Antretung der Erbschaft sein Erbrecht vollständig ausweiset; so überträgt ihm der österr. Civilcoder dennoch nicht den gerichtlichen Besitz, weil er sich erst über die mit der Antretung der Erbschaft verbundenen Pflichten ausweisen muß, und weil zu besorgen ist, daß, wenn die Erbeserklärung bald nach dem Tode des Erblassers erfolgt, noch nähere Erben sich melden könnten; allein es wird ihm einstweilen die Verwaltung und Benutzung der Erbschaft übertragen. Er steht also bis zu erfüllten Erbschaftspflichten in der Cathegorie eines Verwalters und Benutzers, nicht einmal der eines Nutznießers, weil er noch zur Zeit nicht einmal ein eingeschränktes Eigenthum erhält; daraus folgt aber, daß, gleichwie der französische Civilcoder Art. 803 es vorschreibt, er den Gläubigern und Legatarien zur Rechnungsablage verbunden ist. Die Weisheit dieser Verfügung ist nicht zu mißkennen, indem dadurch Streitigkeiten über unerfüllt gebliebene Erbschaftspflichten wohlthätig vorgebogen wird, und es erscheint dies vorzüglicher, als wenn das preuß. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 242 verordnet: »Aus einem gültigen Testamente erwirbt der »eingesetzte Erbe das Recht, nach Publication desselben »die Erbschaft anzutreten und in Besitz zu nehmen,« und §. 243: »Wer auf den Grund eines Erbrechts, es sey »aus einem Testamente oder vermöge der gesetzlichen »Erbfolge, zum Besitze einer Erbschaft redlicherweise »gelangt ist, der muß dabei so lange geschützt werden, »bis die Unrichtigkeit seines Besitztitels und das bessere »Recht des Erbschaftsprätendenten ausgemittelt sind.«

Hier eine Nachahmung des prätorischen interdicti retinendae possessionis, utrubi et uti possidet is — — Als Verwalter der Verlassenschaft bleibt der Erbe den Legatarien, den Gläubigern und denen sich später anmeldenden näheren Erben für die Substanz und die bezogenen Nutzungen verantwortlich, und er kann, ehe und bevor die gerichtliche Uebergabe geschehen ist, nicht als Eigenthümer in die öffentlichen Bücher (deren Anordnung dringend zu empfehlen ist) eingetragen werden. (Ed. Entw. §. 188.)

§. 159.

Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger.

In Privatangelegenheiten hat dagegen das Gericht nie von Amtswegen vorzuschreiten, es braucht also auch für die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger des Erblassers nur in soweit zu sorgen, als sie selbst es verlangen. Begreiflich aber muß es den Gläubigern frei bleiben, ohne Abwartung einer Erbeserklärung ihre Ansprüche wider die Masse anzubringen, da letztere den Verstorbenen repräsentirt und die dreimonatliche Ueberlegungszeit nach Umständen verlängert werden kann. Um aber zu ihrem Zweck zu gelangen, müssen sie zu Vertretung der Masse einen Contradictor begehren, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können. Ein Curator der Masse ist aber in dem Falle von Amtswegen zu bestellen, wenn das Erbrecht unter mehreren Erben streitig ist, oder der Concurs erkannt ist. (Ed. Entw. §. 189.)

§. 160.

Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben.

Der franz. Civilcodex, Art. 802, rechnet es unter die Vortheile, welche die Rechtswohlthat des Inventariums dem Erben gewährt, daß sein eigenes Vermögen mit der Erbmasse nicht vermengt werde, und daß er gegen letztere seine eigene Forderung geltend machen könne. Ein noch größerer Vortheil erwächst aber daraus den Erbschaftsgläubigern, den Notherben und dem Legatar; denn besorgt einer von diesen, daß durch Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben seine Forderung Gefahr laufe; so kann er, da ihm kein anderer Schuldner als die Erbmasse aufgedrungen werden kann, vor der gerichtlichen Besitzübertragung an den Erben nach bescheinigter Gefahr rechtlich verlangen, daß die Erbschaft von dem Vermögen des Erben abgesondert und unter der Gewahrsam des Gerichts oder eines Curators gestellt werde. Auch abgesehen von einem Inventarium ist der Erbschaftsgläubiger, Legatar oder Notherbe diese Absonderung zu verlangen und seinen Anspruch im öffentlichen Buch vormerken zu lassen befugt, denn das römische stillschweigende Unterpfandsrecht, das den Legatarien, und das specielle Unterpfandsrecht, das dem Rentenbezieher aus einem Gute zugestanden wird, gewährt bei weitem die Sicherheit nicht, die durch diese Verfügung erreicht wird; daher bestimmt auch der österr. Coder §. 812, gleich dem französischen §. 872, daß ein Erbschaftsgläubiger oder Legatar die Absonderung des Vermögens des Erben von der Verlassenschaft in allen Fällen, also auch gegen jeden andern Gläubiger verlangen könne. Diese Absonderung bewirkt näm-

lich, daß die Interessenten, die solche veranlaßt haben, aus dem sicher gestellten Verlassenschaftsvermögen befriedigt werden müssen, wogegen die übrigen an die dem Erben zufallende Verlassenschaft gewiesen werden, auf welche auch die Gläubiger des Erben Anspruch haben.

Nach der gerichtlichen Uebergabe der Verlassenschaft hat keine Absonderung mehr statt, weil der Erbe dadurch Eigenthümer der Verlassenschaft geworden ist.

Es liegt in dieser Absonderung und Vormerkung eine Art von französischer Inscription, wenn der Civilcoder §. 2111 bestimmt, »daß die Gläubiger und Legatare, welche die Absonderung des Vermögens des Verstorbenen von dem des Erben nachsuchen, durch diese »Inscription, wozu eine Frist von sechs Monaten nach »Eröffnung der Erbschaft bestimmt ist, ihr Privilegium »in Rücksicht der Gläubiger der Erben, oder der Repräsentanten des Verstorbenen, auf die unbeweglichen Güter der Erbschaft bewahren.« Allein abgesehen von dieser Frist, die um so überflüssiger ist, da nach unbedingter Erbeserklärung der Erbe ohnehin den Gläubigern und Legataren sogleich haftbar ist, und nach der bedingten Erbeserklärung es vom Betheiligten abhängt, sich vor der gerichtlichen Uebergabe der Verlassenschaft die nöthige Sicherheit zu verschaffen; so ist dennoch die französische Inscription von der österreichischen Vormerkung darin wesentlich unterschieden, daß erstere eine Hypothek, die letztere aber nur im Allgemeinen eine Sicherheit auf die Verlassenschaftsmasse gewährt. Erwägt man, daß, ehe und bevor der Erbe wegen erfüllter Erbschaftspflichten sich ausweiset, zu Vermeidung weitläufiger Processe der Besitz der Erbschaft ihm vom Gericht

nicht eingeräumt werden kann, daß es von ihm abhängt, sich dieser Pflichten zu entledigen, daß vor deren Erfüllung jeder Erbschaftsgläubiger oder Legatar den gerechtesten Anspruch auf Sicherstellung seines Anspruchs zu machen hat; so wird der Nutzen der vorgeschlagenen Verordnung leicht erkannt werden können. Allein diese vom Erbschaftsgläubiger, Notherben oder Legatar ergriffene Sicherheitsmaasregel gewährt auch nothwendig dem Erben den Vortheil, daß, wenn er sich auch unbedingt zum Erben erklärt hat, er ersteren aus seinem eigenen Vermögen nicht mehr haftbar ist; denn sie haben nunmehr alle mögliche Sicherheit, die sie verlangen konnten, erlangt, und da sie keine doppelte Sicherheit verlangen können, ihren Zweck vollkommen erreicht. (Ed. Entw. §. 190.)

§. 161.

Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger.

Dem Erben sowohl als dem angeordneten Güterpfleger muß es unbenommen bleiben, zu Erforschung des Schuldenstandes die Ausfertigung einer Ladung an alle Gläubiger beim Gerichte auszuwirken, wodurch dieselben zur Anmeldung und Darthuung ihrer Forderungen auf eine den Umständen angemessene Zeit einberufen werden. Diese Zusammenberufung ist durchaus nichts Ungewöhnliches, sie kann zu Ergründung des Activ- und Passivstandes auch, ohne daß der Concurs zu befürchten ist, von großem Nutzen seyn; es liegt darin keine Nothwendigkeit, allein eine Vorsichtsmaasregel, worin weder der Erbe, noch der Curator beschränkt werden kann. Wollte man dagegen einwenden, die Gerichtsstellen würden dadurch belästigt werden; so ist dies kein

durchgreifender Grund, weil dem Staate daran liegt, die Sicherheit des Eigenthums zu begründen, und die Gerichtsstellen als Werkzeuge dazu sich gebrauchen lassen müssen. Bis zum Ablauf der in der Ladung bestimmten Frist ist es selbst rathsam für die Erben, keinen sich anmeldenden Gläubiger zu befriedigen, weil sich erst nach Ablauf der Edictalfrist beurtheilen läßt, ob die Masse zur Befriedigung der Gläubiger und Legatare hinreiche, und wenn dies nicht ist, in welcher Ordnung sie zu bezahlen sind. (Ed. Entw. §. 191.)

§. 162.

Wirkung der Einberufung oder der Unterlassung derselben.

Gläubiger, die sich binnen der Edictalfrist nicht anmelden, verlieren zwar ihre Forderungen nicht, weil Forderungen nur durch Verjährung erlöschen, und selbst beim Concurse die sich nicht anmeldenden Gläubiger nur von der gegenwärtigen Concursmasse ausgeschlossen werden, allein die nicht angemeldeten Gläubiger haben keinen Anspruch auf die Verlassenschaft, wenn sie durch die Bezahlung der angezeigten Forderungen erschöpft worden ist, und es kann die Verlassenschaft nach Ablauf der Einberufungsfrist mit Sicherheit vertheilt werden; der Notherbe erhält alsdann seinen Pflichttheil und die Legatarien ihre Vermächtnisse entweder ganz, oder nach verhältnißmäßigem Beitrag zu den Schulden. Eine Härte für die Creditoren liegt hierin nicht, ihnen wird das Gesetz bekannt, das Gericht ladet sie in öffentlichen Blättern vor, sie haben also nur der Ladung zu folgen. Nur allein Pfandgläubiger machen hier eine Ausnahme, ihnen kann die Convocation der übrigen Creditoren gleichgültig seyn, da sie ihre Rechte schon ge-

sichert haben, und es hier nur um die Erforschung des Schuldenstandes gilt. (Ed. Entw. §. 192.)

§. 163.

Wie nun aber, wenn der Erbe die ihm bewilligte Vorsicht der gerichtlichen Einberufung der Gläubiger nicht benutzt, oder nach der gerichtlichen Einberufung sogleich einige der Gläubiger, die sich gemeldet haben, ohne auf die Rechte der übrigen Rücksicht zu nehmen, befriedigt, muß er, ohngeachtet er sich nur bedingt zum Erben erklärte, dennoch denen aus Unzulänglichkeit der Masse unbezahlt bleibenden Gläubigern mit seinem Vermögen haften? Das Gesetz giebt dem Erben die Mittel an die Hand, sich dieser Vorsicht zu bedienen; unterläßt er es, habeat sibi! Der franz. Civilcoder läßt zwar Art. 1251. nr. 4 die Subrogation des Beneficiarerben an die Stelle des Gläubigers (wenn er die Schulden der Erbschaft bezahlt) unbedingt zu, allein schon nach gemeinem Recht muß dies temporum praerogativa inter creditores servata geschehen. *Hellfeld* jurisprud. for. §. 1469. Dem Staate liegt daran, den Credit aufrecht zu erhalten, er kann also einen nachlässigen oder sorglosen Erben nicht begünstigen, der aus dem Inventarium nicht die volle Ueberzeugung, vielmehr nur eine Uebersicht von dem Passivzustande der Masse erhielt, da noch mehrere unbekannte Gläubiger der Erbmasse vorhanden seyn können, und dennoch die zu seinem Vortheil gereichende Convocation verabsäumte, einige Gläubiger, ohne auf die Rechte der übrigen Rücksicht zu nehmen, befriedigte, und letzteren vielleicht absichtlich das leere Nachsehen lassen wollte. Eine billige Folge davon ist, daß er nicht nur denen mit einem Vorrecht

versehenen, sondern auch den Gemeingläubigern, unter die das Vermögen hätte vertheilt werden sollen, und zwar beiden in dem Maße haften muß, als sie die Zahlung erhalten würden, wenn die Verlassenschaft zu ihrer Befriedigung nach der gesetzlichen Ordnung wäre verwendet worden. (Ed. Entw. §. 193.)

§. 164.

Ausweisung der Erfüllung des letzten Willens, entweder vom Testamentsexecutor, oder von dem Erben.

Hat der Erblasser einen oder mehrere Testamentsvollzieher (Executoren seines letzten Willens) ernannt; so hängt es begreiflich von ihrer Willkühr ab, das Geschäft zu übernehmen oder nicht. Uebernimmt es der ernannte Executor; so ist er schuldig, als Bevollmächtigter die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen, oder zu wachen, daß die dem Erben selbst überlassene Vollziehung geschehe.

Ist kein Vollzieher des Testaments ernannt worden, oder unterzieht sich der Ernannte dem Geschäfte nicht; so muß der Erbe den Willen des Erblassers so viel möglich befolgen, oder die Erfüllung, wenn sie nicht sogleich geschehen kann, sicher stellen, z. B. die Legate für abwesende oder unbekannte Vermächtnißnehmer gerichtlich hinterlegen, und sich darüber beim Gericht ausweisen. In Ansehung bestimmter Legatare genügt es zwar, wenn der Erbe darthut, daß er dieselben von dem ihnen zugefallenen Legate Nachricht ertheilt habe, weil sie selbst für die Erlangung und Sicherstellung ihrer Legate sorgen müssen, allein so lange ein oder das andere nicht geschehen ist, oder die Legatare erklärt haben, daß sie sich mit ihren Forderungen an den Erben halten wollen, kann

demselben nach dem angenommenen Systeme der Besitz der Erbschaft nicht von Gerichts wegen übertragen werden. (Ed. Entw. §. 194. 195.)

§. 165.

Was der Erbe, ehe er zum Besitz der Erbschaft gelangen kann, an öffentlichen Abgaben, nämlich an Steuern, Confirmationstaxen und Stempelgebühren, zu entrichten hat, darüber enthalten die nassauischen Edicte vom $\frac{8}{9}$ Oct. 1809, vom $\frac{2}{11}$ Dec. 1815 und $\frac{26}{27}$ Jan. 1816 nähere sehr zweckmäßige Bestimmungen. (Ed. Entw. §. 197.)

§. 166.

Wann geschieht die Besitzübertragung der Erbschaft?

Sobald der Erbe die Erklärung, daß er der Erbe seyn wolle, beigebracht hat, und er vom Gerichte dafür erkannt worden ist, auch seinen Verbindlichkeiten in Hinsicht der Legatare, Notherben und Erbschaftsgläubiger ein Genüge geleistet hat, worüber er sich auszuweisen hat, so wird ihm der Besitz der Erbschaft gerichtlich übertragen.

Die gerichtliche Uebergabe des Erbschaftsvermögens beschränkt sich jedoch nicht allein auf unbewegliche Güter, sondern auf alle Verlassenschaftsstücke, sie ist die Gewährleisterin der erfüllten Erbschaftspflichten. Um aber das Eigenthum unbeweglicher Sachen zu erwirken, ist außerdem ein Decret des Richters oder des Beamten nothwendig, das in die öffentlichen Bücher, das Lager- oder Flurbuch, notirt werden muß, um den Erben als Eigenthümer anzuerkennen. (E. E. §. 197.)

§. 167.

Haftung der gemeinschaftlichen Erben.

Wenn nun aber mehrere Erben, ohne von der Rechtswohlthat des Inventariums Gebrauch zu machen, die Erbschaft angetreten, und nach dieser unbedingten Erbeserklärung den Besitz derselben gerichtlich erlangt haben, wie sind dabei die Erbschaftsgläubiger und Legatarien gesichert? Es begreift sich von selbst, daß sie ihnen, Einer für Alle und Alle für Einen, haften müssen. Ohne den römischen Quasicontract anzunehmen, stehen mehrere Erben in einer gesellschaftlichen Verbindung; hieraus folgt, daß sie alle die übernommenen Erbschaftspflichten zu erfüllen schuldig sind, es folgt aber aus dieser gemeinschaftlichen Verbindlichkeit nicht, daß sie in solidum haften müssen, vielmehr ist ein jeder nur für seinen Antheil zu deren Erfüllung beizutragen schuldig. Dies ist auch, das Societätsverhältniß der Erben unterstellt, dem römischen Recht angemessen, fr. 44. §. 1. 21. 1. Glück Comment. Th. 15. Abth. 1. S. 465.

Haben mehrere Erben die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventariums angetreten, so sind sie wegen der Th. 1. §. 11 des Ed. Entw. angenommenen Unität der Person mit der des Erblassers, vor der gerichtlichen Uebergabe, den Legataren in sofern zu haften verbunden, daß nichts von der Masse verbracht und ihre Legate erhalten werden. Nach erfolgter Uebergabe haftet aber nur jeder Einzelne selbst für diejenigen Lasten, welche die Erbschaft nicht übersteigen, nur nach Verhältniß seines Erbtheils, weil nach der gerichtlichen Tradition die Erbschaft nicht mehr als ein ungetheiltes Ganze

betrachtet werden kann, mithin jeder Gläubiger gegen jeden Mitschuldner seinen Anspruch geltend machen muß. (Ed. Entw. §. 198. 199.)

§. 168.

Sicherheitsmittel der Gläubiger der Erben.

Die Gläubiger des Erben haben, um aus dem ihm angefallenen Erbgute befriedigt zu werden, ein Sicherheitsmittel, sie können nämlich dasselbe nach dem österr. G. B. §. 822 auch vor der an ihn erfolgten gerichtlichen Uebergabe mit einem Pfand belegen, oder durch die Vormerkung im öffentlichen Buche die erforderliche Sicherheit sich verschaffen. Im Justinianischen Recht ist zwar ein solches stillschweigendes Pfandrecht, oder diese Sicherheitsbestellung unbekannt, allein sie ähnelt sich denen im Trierischen L. R. Tit. 14. §. 16 verordneten Arresten, nach welchen, wenn der Gläubiger beim Schultheiß oder dem Gerichte seine Forderung bescheiniget, solche protocolliren und dem Schuldner bekannt machen, darauf zweimal von 14 Tagen zu 14 Tagen renoviren läßt, und bei der letzten Innovation seine Forderung rechtfertigt, solche bei beobachteten Förmlichkeiten von Zeit der gerichtlichen Denunciation angerechnet demselben ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern geben. Dies ist das pignus praetorium. Da nun dem Erben, wenn er auch erst durch den gerichtlichen Uebertrag das Eigenthum erhält, dennoch gleich nach dem Tode des Erblassers ein dingliches Recht auf die Gesammtheit der Verlassenschaftsstücke zusteht; so ist nicht einzusehen, warum der gerechte Anspruch des Gläubigers des Erben nicht vorläufig gesichert werden könnte, besonders wenn, wie der §. es ausdrückt, eine solche Sicherstel-

lung nicht anders, als mit dem ausdrücklichen Vorbehalte ertheilt wird, daß sie allen anderen Ansprüchen an die Verlassenschaft unnachtheilig, und erst von Zeit des gerichtlich erlangten Besitzes, in sofern der Erbe aus der Verlassenschaft etwas erübrigen würde, wirksam seyn solle. Dieser Vorbehalt liegt in der Natur der Sache, da diejenigen, die an der Verlassenschaft bereits ein erworbenes Recht erlangt haben, darin nicht beeinträchtigt werden können, und erst bei der gerichtlichen Besitzübertragung sich ergiebt, was nach Abzug aller dieser Forderungen von der Verlassenschaft in das Eigenthum des Erben übergeht. Es erwirkt daher diese Pfand- oder Sicherheitsbestellung weiter nichts, als daß ein solcher Gläubiger des Erben vor anderen Gläubigern desselben aus dem, aus dem Nachlaß in sein Eigenthum übergegangenen Verlassenschaftsstück, oder sonst, vorzüglich seine Befriedigung erhält, die ihm wegen gebrauchter Vorsicht das Gesetz gönnen kann. (Ed. Entw. §. 200.)

§. 169.

Erbschaftsklagen.

Wenn auch der Erbe den gerichtlichen Besitz der Erbschaft erlangt hat, so kann doch ein anderer, der ein besseres oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet, gegen ihn auf Abtretung oder Theilung der Erbschaft klagen. Es findet also die römische hereditatis petitio und das judicium familiae erciscundae statt. Bei Erbverträgen, die auf eine wechselseitige Erbfolge sich gründen, würde keine andere Klage, wenn wir sie römisch taufen wollen, statt finden. Einzelne Erbschaftsstücke, als Legate, können mit der actione personali ex testa-

mento mit der actione hypothecaria, oder mit der Reivindication eingefordert werden. Der Art. 137 des franz. Coder nennt sie action en petition d'herité et d'autres droits. Wie man sie nennen mag ist gleichgültig, genug daß vor und nach der Besitzübertragung der Erbe von demjenigen, der ein größeres Recht auf die Erbschaft begründen zu können glaubt, auf Abtretung oder Theilung belangt, und einzelne Erbschaftsstücke, wenn sie auch den größten Theil der Verlassenschaft ausmachen, von dem Berechtigten vindicirt oder mittelst der hypothekarischen Klage, wenn eine solche Sicherheit bestellt ist, gefordert werden können. (Ed. Entw. §. 202.)

§. 170.

Wirkung derselben.

Wird der Beklagte zur Abtretung der Verlassenschaft ganz oder zum Theil verurtheilt; so kommt es in Ansehung der zu Grunde gegangenen Erbschaftsgegenstände, der genossenen Früchte und der auf den Nachlaß verwendeten Kosten darauf an, ob er redlicher oder unredlicher Besitzer war.

Was der redliche oder unredliche Besitzer zu ersetzen hat, ist nach denen Grundsätzen zu beurtheilen, die bei der Lehre vom Besitz, die besonderen dispositiven Normen unterliegt, aufzustellen sind. Ein dritter redlicher Besitzer kann auf Zurückstellung der in der Zwischenzeit auf eine entgeltliche oder unentgeltliche Art erworbenen Erbschaftsstücke mit der Erbschaftsklage nicht belangt werden; der als Erbe sich Darstellende ist allein, nicht dieser Dritte, dafür verantwortlich. (Ed. Entw. §. 202.)

Edictalentwurf

über

die Erwerbung des Eigenthums durch letzte Willensverordnung.

Zweiter Theil.

Erster Abschnitt.

Von letztwilligen Anordnungen überhaupt, von der Fähigkeit sie zu errichten, und der Erbeseinsetzung.

§. 1.

Erklärung des letzten Willens. Erfordernisse.

Eine letztwillige Anordnung, wodurch jemand eine oder mehrere Personen zu Erben seines Vermögens ernennt, heißt Testament, die, welche nur andere Verfügungen enthält, Codizill. Beide werden gleichen äußeren und inneren Förmlichkeiten unterworfen.

§. 2.

Ueber diejenigen Gegenstände, worüber durch eine letzte Willenserklärung Anordnungen getroffen werden, muß der Erblasser zu verfügen berechtigt gewesen oder der Erbe solche zu erwerben in den Stand gesetzt seyn.

§. 3.

Der Erblasser muß im Zustande der vollen Besonnenheit, mit Ueberlegung und Ernst, frei von Zwang, Be-

trug und wesentlichem Irrthum, bestimmt und deutlich seinen letzten Willen erklären. Die Fähigkeit oder Unfähigkeit dazu wird nach dem Zeitpunct beurtheilt, wo er seinen letzten Willen errichtet hat.

§. 4.

Wer kann testiren und wer ist nicht dazu befugt?

Minderjährige, die das 18te Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sind zu testiren unfähig.

§. 5.

Derjenige, der aus einem, von einem gerichtlich für rasend, wahnsinnig oder blödsinnig Erklärten ein Jahr vor eingetretener Gemüthskrankheit außergerichtlich errichteten letzten Willen einen ihm gesetzlich nicht gebührenden Vortheil ziehen will, muß beweisen, daß der Testirende zur Zeit der Testamentserrichtung bei vollem Verstande gewesen sey.

§. 6.

Die von einem Verschwender nach der Prodigalitätserklärung errichteten Testamente sind ungültig, sie bestehen jedoch, wenn die angeordnete Curatel vor seinem Tode wieder aufgehoben worden ist.

§. 7.

Ein Verbrecher, in soweit er nicht durch die erkannte Strafe sein Vermögen verwirkt hat, ist zu testiren befugt.

§. 8.

Ein rechtsgültig erkannter letzter Wille kann mit Hinweisung auf §. 5 durch später eintretende Hindernisse seine Rechtsgültigkeit nicht verlieren.

§. 9.

Wer kann durch letztwillige Anordnung erwerben?

Einem Jeden im Staate kann durch letztwillige Anordnung Vermögen zu Theil werden. Hierdurch sind aber solches zu erwerben nicht befugt: die Vormünder und Curatoren, selbst nach erlangter Volljährigkeit des Minderjährigen, es wäre denn nach geendigter Curatel die letzte Vormundschaftsrechnung zur Zufriedenheit der oberen Behörde abgehört worden. Ausgenommen hiervon sind die Verwandten der Minderjährigen in aufsteigender Linie, die ihre Vormünder sind oder gewesen sind.

§. 10.

Von der Erbeseinsetzung.

Der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen, er kann dessen Ernennung nicht einem Dritten überlassen, und eben so wenig durch Bejahung eines ihm gemachten Vorschlags seinen Willen erklären.

§. 11.

Die Erbeseinsetzung kann entweder schlechthin, oder nach denen im siebenten Abschnitte folgenden Bestimmungen unter einer aufschiebenden Bedingung geschehen.

§. 12.

Der Erblasser kann einen oder mehrere Erben ernennen. Setzt er einen einzigen Erben, ohne ihn auf einen Theil der Verlassenschaft zu beschränken, unbestimmt ein; so erhält er den ganzen Nachlaß: ist aber dem einzigen Erben nur ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Erbantheil zugedacht worden; so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu.

§. 13.

Mehrere Erben, die ohne Vorschrift einer Theilung eingesetzt worden sind, theilen die Erbschaft zu gleichen Theilen. Wenn dagegen mehrere Erben, und zwar alle in bestimmten Erbtheilen, die aber das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt worden sind; so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu. Hat aber der Erblasser die Erben, ohne gewisse Theile zu bestimmen, zum ganzen Nachlaß berufen; so haben die gesetzlichen Erben keinen Anspruch, obgleich ersterer in der Berechnung der Beträge, oder in der Aufzählung der Erbstücke etwas übergangen hätte.

§. 14.

Ist unter mehreren eingesetzten Erben einigen ein bestimmter Theil (z. B. ein Drittheil, ein Sechstheil), anderen aber nichts Bestimmtes ausgemessen worden; so erhalten diese letzteren den übrigen Nachlaß zu gleichen Theilen.

§. 15.

Bleibt für diejenigen Erben, denen nichts Bestimmtes zugewiesen wurde, nichts übrig; so muß von sämmtlichen bestimmten Theilen für den unbestimmt eingesetzten Erben verhältnißmäßig so viel abgezogen werden, daß er einen gleichen Antheil mit demjenigen erhalte, der am geringsten bedacht worden ist. Sind die Theile der Erbschaft gleich groß; so haben sie an den unbestimmt eingesetzten Erben so viel abzugeben, daß er einen gleichen Antheil mit ihnen empfange. In allen anderen Fällen, wo der Erblasser sich verrechnet hat, ist die Theilung auf eine Art vorzunehmen, wodurch der Wille des

Erblassers nach denen über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllt wird.

§. 16.

Wenn unter mehreren Erben zwei oder drei zugleich, dann ein vierter allein, der fünfte und sechste aber wieder zusammen, ohne bestimmte Theile zu Erben eingesetzt worden sind; so erhält die einzeln benannte Person einen, die in Verbindung gesetzten Personen aber zusammen einen Theil.

§. 17.

Treffen unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammen, wovon einige bei der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als eine Person angesehen werden müssen (z. B. Bruders Kinder gegen den Bruder des Erblassers); so werden sie auch bei der Theilung aus dem Testamente nur als eine Person betrachtet. Eine Körperschaft, eine Gemeinde, eine Versammlung, z. B. die Armen, werden nur als eine Person betrachtet.

§. 18.

Ein wesentlicher Irrthum des Erblassers macht die Anordnung ungültig. Der Irrthum ist wesentlich, wenn der Erblasser die Person, welche er bedenken, oder den Gegenstand, den er vermachen wollte, verfehlt hat.

§. 19.

Zeigt sich, daß die bedachte Person oder vermachte Sache nur unrichtig benannt oder beschrieben worden ist; so bleibt die Verfügung gültig.

§. 20.

Selbst dann, wenn der vom Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wird, bleibt die Verfügung gültig, es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Zuwachsrecht.

§. 21.

Vom Zuwachsrecht.

Sind alle Erben ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdruck einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen worden, und es will oder kann einer der Erben von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen; so wächst der erledigte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

§. 22.

Wenn ein oder mehrere Erben mit einander, oder mehrere ohne Bestimmung des Erbtheils eingesetzt worden sind; so wächst der erledigte Theil nur dem einzelnen oder den mehreren noch übrigen unbestimmt eingesetzten Erben zu.

§. 23.

Einem bestimmt eingesetzten Erben gebührt in keinem Falle das Zuwachsrecht. Wenn also kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist; so fällt ein erledigter Erbtheil nicht einem noch übrigen, für einen bestimmten Theil eingesetzten, sondern dem gesetzlichen Erben zu.

§. 24.

Wer den erledigten Erbtheil erhält, übernimmt auch die damit verbundenen Lasten, in sofern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind.

§. 25.

Demjenigen, der durch einen Vertrag oder Kaufcontract eine Erbschaft erwirbt, gebührt nicht das Zuwachsrecht, sondern es fällt der erledigte Erbtheil dem verkaufenden Miterben, wenn ihm nach den Bestimmungen des §. 21 und 22 das Zuwachsrecht zusteht, anheim.

Dritter Abschnitt.

Form der Erklärung des letzten Willens.

§. 26.

Form der gerichtlichen Testamente.

Man kann bei den Gerichten entweder schriftlich oder mündlich, und außergerichtlich ebenfalls entweder schriftlich oder mündlich einen letzten Willen erklären.

§. 27.

Die Ueberzeugung sich zu verschaffen, daß der Testirende wirklich derjenige sey, für den er sich ausgiebt, ist beim gerichtlichen Testament oder Codizill die Pflicht der Behörde, und bei dem außergerichtlich zu errichtenden die Pflicht der dazu erforderlichen Zeugen.

§. 28.

Versteht der Richter die Sprache des Testators nicht; so sind zwei zu vereidende, als Zeugen fähige Dollmet-

scher zuzuziehen, und das aufzunehmende Protocoll in der Sprache des Testators aufzunehmen, sodann aber in die dem Richter bekannte Sprache zu übersetzen.

§. 29.

Mündliche.

Mündlich kann bei unseren Landoberschultheißen mit Zuziehung eines Actuars eine letzte Willenserklärung geschehen. Der letztere kann hierbei des ersteren Stelle nicht vertreten.

§. 30.

Der Landoberschultheiß hat den Testator aufs genaueste nach seinem Willen und nach dem einzusetzenden Erben zu befragen, und bei demselben zu erforschen, ob er durch Gewalt, Drohungen oder Irrthum verleitet worden sey, so wie geschehen zu testiren, sofort dieses alles, mit der Bemerkung, ob der Testator bei vollem Verstande gewesen und daß seine Person ihm bekannt sey, ins Protocoll einzutragen.

§. 31.

Nach geschehener und im Protocoll zu bemerkender Vorlesung desselben hat solches der Landoberschultheiß gleich dem Actuar zu unterzeichnen, und in einem Umschlage, mit der Aufschrift, wessen letzter Wille darin enthalten sey, gerichtlich versiegelt in Person dem Amte gegen Auslieferung des Depositionsscheins zu übergeben, und letzteren dem Testator zu überliefern.

§. 32.

Schriftliche.

Der Erblasser kann auch bei unseren Unter- und Obergerichten schriftlich testiren. Die schriftliche Anordnung

muß von dem Erblasser eigenhändig geschrieben, oder von ihm unterschrieben und dem Gerichte persönlich übergeben werden. Das Gericht hat den Erblasser darauf aufmerksam zu machen, daß seine Unterschrift dem Testamente oder Codizille beigefügt seyn müsse und ohne ihn über dessen Inhalt zu befragen, das im §. 30 vorgeschriebene zu erforschen, darüber mit Zuziehung eines Actuars oder Secretärs des Gerichts ein Protocoll aufzunehmen, und solches mit dem Testament in einem Umschlag, worauf bemerkt ist, wessen letzter Wille darin enthalten sey, gerichtlich versiegelt zu hinterlegen und über die geschehene Deposition dem Testator eine Bescheinigung zu überliefern.

§. 33.

Der Einwand, es sey der Erblasser durch Gewalt oder Drohungen genöthigt worden, oder durch Irrthum, Betrug, in der Trunkenheit, oder in heftigen Leidenschaften wie geschehen zu testiren verleitet worden, findet gegen gerichtliche Testamente keine statt.

§. 34.

Form der Privattestamente. Schriftliches Privattestament.

Wer außergerichtlich schriftlich testiren will, der muß das Testament eigenhändig schreiben und unterschreiben, oder das von einem Dritten geschriebene auf jeder Seite eigenhändig unterzeichnen, und in ein oder dem anderen Fall den Tag und das Jahr, wo es errichtet wurde, beifügen. Er muß ferner vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich bei der Handlung gegenwärtig seyn sollen, den Aufsatz, ohne zur Angabe seines Inhalts genöthigt zu seyn, als seinen letzten Willen be-

stätigen. Die Zeugen müssen sich auf die Urkunde selbst als Zeugen des letzten Willens unterschreiben.

§. 35.

Kann der Testator nicht schreiben, so soll er, nebst Beobachtung der im vorigen §. vorgeschriebenen Förmlichkeiten, anstatt der Unterschrift sein Handzeichen, und zwar in Gegenwart aller drei Zeugen, eigenhändig beisetzen.

In diesem Fall muß einer der drei Zeugen den Namen des Erblassers als Namensunterfertiger dem Handzeichen beifügen.

§. 36.

Kann der Testator nicht lesen; so muß ihm der Aufsatz von einem der Zeugen in Gegenwart der anderen, die den Inhalt eingesehen haben, vorgelesen und von ihm bekräftigt werden, daß derselbe seinem Willen gemäß sey, auch daß oder mit welchen Abänderungen er ihn bekräftigt habe, von einem der drei Zeugen unter das Testament oder Codizill eigenhändig bemerkt, sofort die im §. 35 vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet werden. Ist der Schreiber des letzten Willens ein fähiger Zeuge; so kann er als solcher gebraucht werden.

§. 37.

Einem der zuzuziehenden Zeugen ist es zu empfehlen, in Gegenwart der beiden andern Zeugen den Testator zu befragen, ob er durch Gewalt, durch Drohungen, durch Irrthum oder heftige Leidenschaften verleitet, zur Abfassung seines letzten Willens veranlaßt worden sey, und seine Antworten, so wie die Bemerkung, ob der Testator bei vollem Verstande gewesen und seine Person

wenigstens einem der Zeugen bekannt sey, mit Beifügung seines Namens unter das Testament zu schreiben.

Wird diese Förmlichkeit beobachtet; so finden auch gegen außergerichtliche schriftliche Testamente keine Einwendungen dieser Art statt.

§. 38.

Die Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder auf einen Aufsatz ist nur dann von Wirkung, wenn ein solcher Aufsatz mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen ist. Enthält dieser Aufsatz oder Zettel eine Theilung der Eltern unter ihren Kindern; so ist er nur dann von Wirkung, wenn er vom Erblasser selbst geschrieben und unterschrieben, oder wenigstens von ihm und den Kindern unterzeichnet worden ist. Außerdem können dergleichen vom Erblasser angezeigte schriftliche Bemerkungen nur dann zur bloßen Erläuterung seines letzten Willens angewendet werden, wenn ihnen die Vermuthung der Aechtheit zur Seite steht.

§. 39.

Mündliches Privattestament.

Wer außergerichtlich mündlich testirt, muß vor dem Stadt- oder Ortsschultheiß und zwei Feldgerichtsschöffen, oder in Abwesenheit des ersteren vor drei Feldgerichtsschöffen oder drei anderen fähigen Zeugen, welche zugleich ununterbrochen gegenwärtig seyn müssen, seinen letzten Willen erklären. Nach Anhörung desselben und nach denen im §. 37 zur Vorsicht empfohlenen Fragen müssen die Zeugen auf der Stelle zusammentreten, wo einer derselben das vom Erblasser vernommene mit Bei-

fügung des Tages und Jahres in Gegenwart der zwei anderen Zeugen niederschreibt, und nachdem sie alle den Inhalt des Aufsatzes eingesehen haben, denselben zur Genehmigung oder Abänderung dem Testator vorlieset, worauf dessen Richtigkeit durch die Namensunterschriften sämmtlicher Zeugen bekräftigt werden muß.

§. 40.

Wenigstens zwei dieser Zeugen müssen am nämlichen oder längstens am folgenden Tage der geschehenen letzten Willenserklärung den Aufsatz dem Landoberschultheißen überbringen, der die Zeugen über die Person des Erblassers, den Zustand, in dem er sich befand, und die Beweggründe, die ihn mündlich zu testiren veranlaßten, zu Protocoll vernimmt, solches mit Beifügung des Aufsatzes versiegelt, auf den Umschlag aufzeichnet, wessen letzter Wille darin enthalten sey, und solchen dem Amte gegen Empfangschein zur gerichtlichen Hinterlegung übergiebt.

§. 41.

Wir ertheilen Unseren Unterthanen den landesväterlichen Rath, von der mündlichen Art außergerichtlich ihren letzten Willen zu erklären, nur im höchsten Nothfalle Gebrauch zu machen; im Fall sie aber außergerichtlich schriftlich testiren wollen, alle Zahlen mit Buchstaben auszuschreiben, welches auch bei mündlichen außergerichtlich errichteten Testamenten den Zeugen in dem abzufassenden Aufsatz zu beobachten anempfohlen wird.

§. 42.

Unfähigkeit zum Testamentszeugen.

Jünglinge unter achtzehn Jahren, Frauenzimmer, Sinnlose, Blinde, Taube oder Stumme, dann diejeni-

gen, welche die Sprache des Erblassers nicht verstehen, können bei letzten Anordnungen nicht Zeugen seyn.

§. 43.

Wer wegen Verbrechens des Truges oder eines anderen Verbrechens aus Gewinnsucht verurtheilt ist, kann nicht Zeuge seyn.

§. 44.

Wer sich nicht zur christlichen Religion bekennt, kann den letzten Willen eines Christen nicht bezeugen.

§. 45.

Ein Erbe oder Legatar ist in Rücksicht des ihm zugedachten Nachlasses kein fähiger Zeuge, und eben so wenig dessen Gatte, Eltern, Kinder, Geschwister, oder in eben dem Grade verschwägerte Personen und die besoldeten Hausgenossen. Die Verfügung muß, um gültig zu seyn, von dem Erblasser eigenhändig geschrieben, oder durch drei von den gedachten Personen verschiedene Zeugen bestätigt werden.

§. 46.

Will der Erblasser demjenigen, der seinen letzten Willen schreibt, oder dessen Ehegatten, Kindern, Geschwistern, oder in eben dem Grade verschwägerten Personen einen Nachlaß bestimmen, so muß die Anordnung auf die im vorhergehenden §. erwähnte Art außer Zweifel gesetzt seyn.

§. 47.

Testament des Soldaten.

Der Soldat im Kriege und die beim Corps angestellten Personen können, in welchem Lande es auch sey, ent-

weder a) schriftlich testiren, durch einen von ihnen selbst geschriebenen oder unterschriebenen Aufsatz, den sie einem Oberofficier, dem Auditeur oder Kriegscommissär in Gegenwart von zwei Zeugen übergeben, worauf ersterer den Tag der Uebergabe bemerkt, und das Testament bis zur möglichen Ablieferung an das Kriegscollegium aufbewahrt, oder b) mündlich ihren letzten Willen erklären, vor einem Oberofficier, Auditeur oder Kriegscommissär und zwei Zeugen, oder c) wenn der Soldat im Lazareth oder Militärhospital sich befindet, vor dem Bataillons- oder Regimentsarzt, dem Chirurg oder dem Verwalter und zwei Zeugen.

§. 48.

Ein vom Soldaten oder von einem beim Corps angestellten schriftlich verfaßtes Testament bleibt nach geschlossenem Frieden nur sechs Monate in Kraft, ein von ihm mündlich errichtetes gilt nur vierzehn Tage lang, nachdem der Testator nach geendigtem Kriege in sein Standquartier eingerückt ist.

Militärische Testamente der Deserteurs verlieren durch das Verbrechen der Desertion ihre Gültigkeit, die auch durch den erhaltenen Pardon nicht wieder hergestellt wird.

§. 49.

Das während einer Seuche errichtete.

Bei denen zur Zeit einer ansteckenden Seuche außergerichtlich errichteten schriftlichen Testamenten genügen zwei fähige Zeugen, die, wenn die Krankheit ansteckend ist, nicht zugleich gegenwärtig zu seyn brauchen, und von welchen einer das Testament schreiben, und wenn

der Testator nicht schreiben kann, sein Handzeichen beurkunden muß.

Frauenzimmer und Jünglinge, die das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sind bei denen zu einer solchen Zeit errichteten Testamenten, gültige Zeugen. — Drei Monate nach aufgehörter Seuche verlieren dergleichen letzte Willenserklärungen ihre Kraft.

§. 50.

Ungültigkeit der unförmlichen letzten Anordnung.

Wenn der Erblasser Eines der hier vorgeschriebenen und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat; so ist die letzte Willenserklärung ungültig.

§. 51.

Ein im Auslande errichtetes Testament ist den Formen des Orts unterworfen.

Der im Auslande über sein Vermögen testirende, muß seinen letzten Willen nach den Gesetzen seines Wohnorts oder der gelegenen Güter errichten.

Vierter Abschnitt.

Von dem Pflichttheil und der Anrechnung in der Pflicht oder Erbtheil.

§. 52. a)

Wer hat den Pflichttheil zu begehren?

Eltern müssen ihre Kinder, die Kinder in Ermangelung von Nachkömmlingen ihre Eltern mit einem Erbtheile bedenken.

§. 52. b)

Haben Kinder nur allein uneheliche Nachkömmlinge, so können sie dieselben zu Erben einsetzen, den Eltern gebührt aber dennoch ein Erbtheil.

§. 53.

Unter dem Namen Kinder werden in der Regel auch Enkel und Urenkel, und unter dem Namen Eltern, alle Großeltern begriffen. — Es findet hier zwischen dem männ- und weiblichen Geschlechte; zwischen ehelicher und unehelicher Geburt kein Unterschied Statt, sobald für diese Personen das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde.

§. 54.

Der Erbtheil, welchen diese Personen zu fordern berechtigt sind, heißt: Pflichttheil; sie selbst werden in dieser Rücksicht Notherben genannt.

§. 55.

B e t r a g.

Der Pflichttheil für jedes Kind besteht in der Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge gebührt hätte.

§. 56.

Der Pflichttheil in der aufsteigenden Linie, besteht für jeden Notherben in einem Drittheil dessen, was er in Ermangelung der Geschwister des Erblassers nach der gesetzlichen Erbfolge eigenthümlich erhalten haben würde.

§. 57.

Kinder noch lebender Eltern, Eltern noch lebender Kinder haben auf einen Pflichttheil keinen Anspruch. — Geben dagegen die Eltern bei ihrem Leben auf Verlan-

gen freiwillig einem Kinde den Pflichttheil aus ihrem ganzen Vermögen; so hat solches bei der nachher erfolgten Vergrößerung desselben, auf die Vermehrung des Pflichttheils eben so wenig Anspruch zu machen, wie es bei einer nachher eintretenden Verminderung des Vermögens von dem Empfangenen etwas heraus zu geben schuldig ist.

§. 58.

Der, auf das Erbrecht Entsagende, oder Unfähige hat keinen Anspruch.

Wer nach dem §. 6. des Edicts über die gesetzliche Erbfolge von dem Erbrechte ausgeschlossen ist, wer auf das Erbrecht gültig Verzicht geleistet hat, oder von dem Erblasser rechtmäßig enterbt worden ist, kann keinen Pflichttheil begehren, und wird bei dessen Ausmessung, so betrachtet als ob er nicht vorhanden wäre.

§. 59.

Enterbungs-Ursachen dazu bei Kindern, bei Eltern.

Ein Kind kann enterbt werden,

1) wenn es den Erblasser im Nothstande hülflos gelassen hat,
2) wenn es wegen eines Verbrechens, zu einer zwanzigjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt worden ist,
3) wenn es eine gegen die öffentliche Sicherheit, anstoßende Lebensart, beharrlich führet.

§. 60.

Aus den nämlichen Ursachen können auch Eltern von den Kindern von dem Pflichttheile ausgeschlossen werden, und insbesondere noch dann, wenn sie

1) durch üble Behandlung, der Gesundheit des Erblassers, einen bleibenden Schaden boshafterweise zugefügt haben, und

2) wenn sie bei der körperlichen oder sittlichen Erziehung des Kindes, die nach den Gesetzen ihnen obliegende Pflichten gröblich verletzt haben.

§. 61.

Ueberhaupt kann einem Notherben, auch solcher Handlungen wegen, die einen Erben nach dem §. 6. des Edicts über die gesetzliche Erbfolge, des Erbrechts unwürdig machen, durch die letzte Willenserklärung der Pflichttheil entzogen werden.

§. 62.

Die Enterbungsursache oder Schmälerung des Pflichttheils muß immer, sie mag im letzten Willen ausgedrückt worden seyn oder nicht, von den Erben erwiesen werden, und in den Worten, und dem Sinne des Gesetzes gegründet seyn.

§. 63.

Die Enterbung wird nur durch einen ausdrücklichen in der gesetzlichen Form erklärten Widerruf aufgehoben.

§. 64.

Zum Besten der Kinder eines verschwenderischen Notherben, der in Schulden dermaßen versunken ist, daß dadurch sein Pflichttheil ganz oder doch so weit, daß ihm davon der nöthige Lebensunterhalt nicht übrig bliebe, verzehrt werden würde, ist der Erblasser deshalb eine einschränkende Verfügung zu treffen befugt.

§. 65.

Art, den Pflichttheil zu hinterlassen.

Der Pflichttheil kann in Gestalt eines Erbtheils, oder Vermächtnisses, auch ohne ausdrückliche Benennung des Pflichttheils hinterlassen werden. — Er muß aber dem Notherben ganz frei bleiben. — Jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig. — Wird

dem Notherben ein größerer Erbtheil zugedacht; so kann sie die Bedingung oder Belassung nur auf den Theil, welcher den Pflichttheil übersteigt, bezogen werden.

§. 66.

Rechtsmittel des Notherben bei einer Enterbung, oder Verkürzung im Pflichttheil, oder bei gänzlicher Uebergehung.

Ist der Notherbe, aus einer andern als denen in den §§. 60 u. 62 bestimmten Ursachen enterbt worden, so kann er den ihm gebührenden vollen Pflichttheil, und wenn er in dem reinen Betrage des Pflichttheils verkürzt worden ist, die Ergänzung desselben fordern.

§. 67.

Hat der Erblasser unter mehreren Kindern, deren Daseyn ihm bekannt war, Eines ganz mit Stillschweigen übergangen; so kann es ebenfalls nur den Pflichttheil fordern.

§. 68.

Kann aber aus den Umständen erwiesen werden, daß die Uebergehung eines aus mehreren Kindern, nur daher rühre, weil dem Erblasser das Daseyn desselben unbekannt war; so ist es nicht schuldig, sich mit dem Pflichttheil zu begnügen; sondern er kann den Erbtheil, welcher für den am wenigsten begünstigten Notherben ausfällt, wofern aber der einzige noch übrige Notherbe eingesetzt ist, oder alle übrige zu gleichen Theilen berufen sind, einen gleichen Erbtheil verlangen.

§. 69.

Hat der Erblasser nur einen einzigen Notherben, und er übergeht ihn aus dem oben gedachten Irrthum mit Stillschweigen, oder erscheint ihm erst nach der Erklärung seines letzten Willens ein Notherbe, für den er keine Vorsehung getroffen hat; so werden nur die zu öf-

fentlichen Anstalten, zur Belohnung geleisteter Dienste, zu frommen Zwecken oder zum nothdürftigen Lebensunterhalt bestimmten Vermächtnisse, in einem, den vierten Theil der reinen Verlassenschaft nicht übersteigenden Betrage verhältnißmäßig entrichtet, alle übrigen Anordnungen des letzten Willens aber gänzlich entkräftet. — Sie erlangen jedoch, wenn der Notherbe vor dem Erblasser verstorben ist, wieder ihre Kraft.

§. 70.

Stirbt ein Kind vor dem Erblasser und hinterläßt Abstämmlinge, so treten diese mit Stillschweigen übergangenen Abstämmlinge in Ansehung des Erbrechts, an die Stelle des Kindes.

§. 71.

Die Abstämmlinge eines in dem letzten Willen ausdrücklich enterbten, aber vor dem Erblasser verstorbenen Kindes, sind blos befugt den Pflichttheil zu verlangen.

§. 72.

Ein mit Stillschweigen übergangener Notherbe der aufsteigenden Linie kann nur den Pflichttheil aus der Masse fordern, stirbt er vor dem Erblasser; so haben seine Abkömmlinge keinen Anspruch darauf.

§. 73.

Kann der Erbe beweisen, daß ein mit Stillschweigen übergangener Notherbe, sich einer der in den §§. 61—63 angeführten Enterbungsursachen schuldig gemacht hat; so wird die Uebergehung als eine stillschweigende rechtliche Enterbung angesehen.

§. 74.

Wer zur Entrichtung des Erb= oder Pflichttheils beizutragen habe.

In allen Fällen, wo einem Notherben der ihm gebührende Erb= oder Pflichttheil nicht, oder nicht vollständig

ausgemessen worden ist, müssen sowohl die eingesetzten Erben, als auch die Legatare verhältnißmäßig zur vollständigen Entrichtung beitragen.

§. 75.

Art der Ausmessung und Berechnung des Pflichttheils.

Zur richtigen Ausmessung des Pflichttheils, sind alle zur Verlassenschaft gehörige beweg- und unbewegliche Sachen, alle Rechte und Forderungen, welche der Erblasser auf seine Nachkommen frei zu vererben befugt war, selbst alles was ein Erbe oder Legatar in die Masse schuldig ist, von Gerichtswegen genau zu beschreiben, und ordnungsmäßig zu schätzen. — Den Notherben steht frei der Schätzung beizuwohnen, und ihre Erinnerungen dabei zu machen. — Eine Feilbietung der Verlassenschaftsstücke zur Bestimmung des wahren Werthes sind jedoch dieselben zu verlangen nicht befugt, so wie auch der Erblasser, unter der Bedrohung, daß das Uebermaaß des Pflichttheils wegfallen solle, die Schätzung untersagen kann.

§. 76.

Die schon bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen gehaftete Schulden, und andere Lasten, werden von der Masse abgerechnet.

§. 77.

Der Pflichttheil wird ohne Rücksicht auf Vermächtnisse und andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten berechnet. — Bis zur wirklichen Zutheilung ist die Verlassenschaft in Ansehung des Gewinnes und der Nachtheile, als ein zwischen den Haupt- und Notherben verhältnißmäßig gemeinschaftliches Guth zu betrachten.

§. 78.

Anrechnung zum Pflichttheil.

Denen Notherben wird alles dasjenige, was sie durch Legate, und andere Verfügungen des Erblassers würklich aus der Verlassenschaft erhalten haben, bei Bestimmung ihres Pflichttheils in Anrechnung gebracht.

§. 79.

In den Pflichttheil werden nicht eingerechnet, die Studierkosten, die Equipagengelder zum Antritt einer Officierstelle, das Lehrgeld, und die den Kindern, ohne Rücksicht auf den gewählten Stand oder das ergriffene Gewerbe gemachte Schenkungen, desgleichen, wenn die Einrechnung vom Erblasser nicht ausdrücklich verordnet oder vorbehalten worden ist, die Hochzeitsgeschenke, jährliche Beiträge, die Morgengabe und Wiederlage.

§. 80.

In den Pflichttheil wird eingerechnet, was der Erblasser bei seinen Lebzeiten der Tochter oder Enkelin zum Heirathsguthe, seinem Sohne oder Enkel unmittelbar zum Antritte eines Amtes oder eines Gewerbes, oder zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes gegeben hat, nicht weniger die nach einer vom Sohne freiwillig gewählten und verfolgten, von diesem aber verlassenen Lebensart, entstandene größere Kosten.

§. 81.

Bei dem Pflichttheil der Eltern, findet die Anrechnung eines Vorschusses in so fern statt, als er weder zur Unterstützung dürftiger Eltern, noch aus bloßer Freigebigkeit geleistet worden ist.

§. 82.

Eltern und Kindern steht es frei, in ihrer letzten Willenserklärung zu verordnen, daß das in den §§. 80, 81

bestimmte, in den Erb- oder Pflichttheil nicht eingerechnet werden solle. — Dagegen muß aber bei der gesetzlichen Erbfolge ein Kind sich dasjenige anrechnen lassen, was es zu denen im §. 80 erwähnten Zwecken empfangen hat. — Einem Enkel wird nicht nur das was er unmittelbar selbst, sondern auch was seine Eltern, in deren Stelle er tritt, auf solche Art empfangen haben, in den Erbtheil angerechnet.

§. 83.

Oder zum Erbtheile bei der gesetzlichen Erbfolge.

Auch bei der gesetzlichen Erbfolge können die Eltern einem Kinde die Anrechnung ausdrücklich erlassen. — Kann aber die nöthige Erziehung und Versorgung der übrigen Kinder, weder aus ihrem eigenen, noch aus dem Vermögen der Eltern bestritten werden; so muß das Kind dasjenige, was es zu deren im §. 80 erwähnten Zwecken im voraus empfangen hat, in dem Maaße sich anrechnen lassen, als es zur Erziehung und Versorgung für die Geschwister nothwendig ist.

§. 84.

Die Anrechnung des Empfangenen zum Erbtheil geschieht dadurch, daß jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor der Theilung erhält. — Ist die Verlassenschaft dazu nicht hinreichend; so kann das früher begünstigte Kind, keinen Erbtheil ansprechen, es ist aber auch die im §. 80 enthaltene Bestimmungen, so wie den Fall, wenn die Schenkung die Hälfte des Nachlasses übersteigt, ausgenommen, zu keiner verhältnißmäßigen Erstattung verbunden.

§. 85.

Bei der Anrechnung wird, wenn das Empfangene nicht in barem Gelde, sondern in anderen beweglichen

oder unbeweglichen Sachen bestand, der Werth der ersteren nach dem Zeitpunkte des Erbanfalls, der letzteren dagegen nach dem Zeitpunkte des Empfangs bestimmt. — Die bezogenen Zinsen und Nutzungen, so wie eine Entschädigung für den Gebrauch fallen, bei der Anrechnung weg.

Fünfter Abschnitt.

Von den Nacherben.

§. 86.

Gemeine, und fideicommissarische Substitutionen, wie sie geschehen.

Für den Fall, daß der eingesetzte Erbe, die Erbschaft nicht erlangt, kann der Erblasser, Einen, und wenn auch dieser sie nicht erlangt, einen Zweiten und in gleichem Falle einen Dritten oder auch noch mehrere Nacherben berufen. — Diese Anordnung heißt eine gemeine Substitution. — Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe.

§. 87.

Rechte aus derselben.

Hat der Erblasser aus den bestimmten Fällen, daß der ernannte Erbe nicht Erbe seyn kann, oder, daß er nicht Erbe seyn will, nur Einen ausgedrückt; so ist der andere Fall ausgeschlossen.

§. 88.

Die Lasten welche den Erben aufliegen, werden auch auf den an seine Stelle tretenden Notherben ausgedehnt, wofern sie nicht durch den ausdrücklichen Willen oder die Beschaffenheit der Umstände, auf die Person des Erben eingeschränkt sind.

§. 89.

Wenn die Miterben allein wechselseitig zu Nacherben berufen worden sind; so wird angenommen, daß der Erblasser die in der Einsetzung bestimmten Erbtheile auch auf die Substitution ausdehnen wollte. — Wird aber außer dem Miterben, noch sonst jemand zum Nacherben berufen; so fällt der erledigte Erbtheil Allen zu gleichen Theilen zu.

§. 90.

Fideicommissarische insbesondere.

Verpflichtet der Erblasser seinen Erben, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in anderen bestimmten Fällen einem zweiten ernannten Erben überlasse; so ist dies eine fideicommissarische Substitution. — Die fideicommissarische begreift stillschweigend die gemeine in sich.

§. 91.

Inwiefern können Eltern ihren Kindern substituiren.

Die Eltern können ihren Kindern, auch in dem Fall, daß diese zu testiren unfähig sind, nur in Rücksicht des Vermögens das sie ihnen hinterlassen, einen Erben oder Nacherben ernennen.

§. 92.

Stillschweigende fideicommissarische Substitution.

Hat der Erblasser dem Erben verboten über den Nachlaß zu testiren; so ist es eine fideicommissarische Substitution, der Erbe muß alsdann den Nachlaß für seine gesetzliche Erben aufbewahren. — Das Verbot die Sache zu veräußern, schließt das Recht, darüber zu testiren, nicht aus.

§. 93.

Einschränkung der fideicommissarischen Substitution.

Es mögen die fideicommissarische Erben Zeitgenossen des Erblassers, oder solche Nacherben seyn, die zur Zeit des errichteten Testaments noch nicht geboren sind; so kann sich die Substitution nur auf den ersten Grad erstrecken.

§. 94.

Rechte der Erben bei einer fideicommissarischen Substitution.

Bis der Fall der fideicommissarischen Substitution eintritt, gebührt dem eingesetzten Erben das eingeschränkte Eigenthumsrecht, mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Nutznießers.

§. 95.

Bestimmt der Erblasser, daß der Erbe bei seinen Lebzeiten den Nachlaß oder seinen Ebtheil dem fideicommissarischen Erben überlassen soll, und er ist Notherbe; so zieht der des ersten Grades nebst dem ihm gebührenden Pflichttheil, den vierten Theil, außerdem aber nur diesen vierten Theil davon ab, und trägt nach diesem Verhältniß zu Bezahlung der Schulden, und sonstigen auf der Erbmasse ruhenden Lasten bei. Davon veräußerte Gegenstände, dem Erben zugedachte Legate, und Schenkungen von Todeswegen werden in diesen vierten Theil eingerechnet, keineswegs aber die bezogene Nutzungen.

§. 96.

Erfolgt nach der Anordnung des Erblassers die Abtretung erst nach dem Tode des Erben; so tritt die Bestimmung des §. 94. ein.

§. 97.

Ist die Substitution zweifelhaft ausgedrückt; so ist sie auf eine solche Art auszulegen, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird.

§. 98.

Erlöschung der Substitutionen.

Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft gültig angetreten hat; die fideicommissarische, wenn keine von den berufenen Nacherben mehr übrig ist, oder, wenn der Fall, für den sie errichtet worden ist, aufhört.

§. 99.

Erlöschungsarten der gemeinen und fideicommissarischen Substitutionen.

Die einem Sinnlosen gemachte fideicommissarische Substitution, verliert insbesondere dann ihre Kraft, wenn bewiesen wird, daß er zur Zeit seiner letzten Anordnung bei voller Besonnenheit war, oder wenn ihm das Gericht wegen erlangten Verstandesgebrauchs, die freie Verwaltung des Vermögens eingeräumt hat; und die Substitution lebt nicht wieder auf, ob er gleich wegen Rückfalls wieder unter einen Curator gesetzt worden ist, und in der Zwischenzeit keine letzte Anordnung errichtet hat.

§. 100.

Die von einem Erblasser seinem Kinde, zur Zeit, da es noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte Substitution erlischt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen hinterlassen hat.

Sechster Abschnitt.

Von den Vermächtnissen.

§. 101.

Begriff des Vermächtnisses.

Ein, im letzten Willen jemanden zugedachter Erbtheil, der, wenn auch auf den größten Theil, doch nicht auf den ganzen Nachlaß sich bezieht, sondern nur eine einzelne Sache, eine, oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, eine Summe, oder ein Recht bezielt, ist ein Vermächtniß (Legat) und derjenige, dem es hinterlassen wird, ist nicht als Erbe, sondern als Vermächtnißnehmer (Legatar) zu betrachten.

§. 102.

Von wem, wie und wem legirt wird.

Zur Gültigkeit eines Vermächtnisses wird erfordert, daß es von einem fähigen Erblasser, einer Person, die zu erben fähig ist, durch eine gültige letzte Willenserklärung hinterlassen werde.

§. 103.

Der Erblasser kann auch Einem, oder mehreren Miterben ein Vermächtniß voraus bestimmen, in Rücksicht desselben sind sie nur als Legatare zu betrachten.

§. 104.

Wer mit den Vermächtnissen beschwert werden kann.

Die Vermächtnisse fallen in der Regel allen Erben, selbst in dem Falle, daß die, einem Miterben gehörige Sache vermacht worden ist, nach dem Maas ihres Erbtheils zur Last. Es hängt jedoch von dem Erblasser ab, die Abführung eines Legats einem Miterben, oder auch einem Legatar besonders aufzutragen.

§. 105.

Ein Legatar kann sich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen weiteren Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm zugedachten Legats übersteige, nicht entschlagen. — Nimmt er aber das Legat nicht an, so muß derjenige, dem es zufällt, den Auftrag übernehmen, oder das ihm zugefallene Vermächtniß dem darauf gewiesenen Vermächtnißnehmer überlassen.

§. 106.

Der Erblasser, welcher ein Legat einer gewissen Klasse von Personen, als Verwandten, Dienstpersonen oder Armen zugedacht hat, kann die Vertheilung, wem, oder welchen Personen es zufallen soll, dem Erben, oder einem Dritten überlassen. Hat der Erblasser hierüber nichts bestimmt; so bleibt die Wahl dem Erben vorbehalten.

§. 107.

Substitutionen bei Vermächtnissen.

Der Erblasser kann bei einem Vermächtnisse eine gemeine, oder fideicommissarische Substitution anordnen, dabei sind die, im fünften Abschnitt gegebene Vorschriften anzuwenden.

§. 108.

Gegenstand eines Vermächtnisses.

Alles, was im gemeinen Verkehre steht, Sachen, Rechte, Arbeiten, und andere Handlungen, die einen Werth haben, können vermacht werden. Künftige Sachen sind, sobald sie zur Wirklichkeit kommen, dem Legatar angefallen.

§. 109.

Werden Sachen vermacht, die zwar im gemeinen Verkehre stehen, die aber der Legatar für seine Person zu besitzen unfähig ist; so wird ihm der ordentliche Werth vergütet.

§. 110.

Allgemeine Auslegungsregel.

Worte werden auch bei Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen; es müßte dann bewiesen werden, daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken, einem ihm eigenen besonderen Sinn zu verbinden, gewohnt gewesen ist, oder, daß das Vermächtniß sonst ohne Wirkung wäre.

§. 111.

Besondere Vorschriften über das Vermächtniß. a) Von Sachen einer gewissen Gattung.

Hat der Erblasser eine, oder mehrere Sachen von gewisser Gattung aber ohne eine nähere Bestimmung vermacht, und sind mehrere solche Sachen in der Verlassenschaft vorhanden; so steht dem Erben die Wahl zu. — Er muß aber ein Stück wählen, wovon der Legatar Gebrauch machen kann. Wird dem Legatar überlassen, Eine von den mehreren Sachen zu nehmen, oder zu wählen, so steht ihm eine gleiche Befugniß zu, er darf aber nicht die beste wählen.

§. 112.

Wenn der Erblasser Eine, oder mehrere Sachen von gewisser Gattung ausdrücklich nur aus seinem Eigenthum vermacht hat, und es finden sich dergleichen gar nicht in der Verlassenschaft; so verliert das Vermächtniß seine Wirkung. Finden sie sich nicht in der verordneten Menge; so muß sich der Legatar mit den vorhandenen begnügen.

§. 113.

Vermacht der Erblasser eine, oder mehrere Sachen von gewisser Gattung nicht ausdrücklich aus seinem Eigenthum, und es finden sich dergleichen nicht in der Verlassenschaft; so muß der Erbe sie dem Legatar in einer, dessen Stand, und Bedürfnissen angemessenen Eigenschaft

verschaffen. Das Legat einer Summe Geldes, verbindet den Erben zur Zahlung derselben, ohne Rücksicht, ob baares Geld in der Verlassenschaft vorhanden ist, oder nicht, und wenn es nicht abgetragen wird, zur Verzinsung vom Ablauf der Ueberlegungszeit an gerechnet.

§. 114.

Der Erblasser kann die Auswahl, welche Sache unter mehreren der Legatar haben soll, auch einem Dritten überlassen, dem die Vorschrift des §. 111 zur Richtschnur dient. Schlägt sie dieser aus, oder ist er vor getroffener Auswahl gestorben; so bestimmt die Gerichtsbehörde das Legat, mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfniß des Legatars. Diese gerichtliche Bestimmung tritt auch in dem Falle ein, wenn der Legatar vor der ihm überlassenen Auswahl gestorben ist.

§. 115.

Ist einmal eine Sache gewählt; so kann davon nicht wieder abgegangen werden. In allen Fällen, wo der Erbe wählt, ist dieser zur Gewährleistung verbunden, derselbe aber, wenn der Legatar, oder ein Dritter wählt, für die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache nicht haftbar.

§. 116.

b) Das Vermächtniß einer bestimmten Sache.

Das Vermächtniß einer bestimmten Sache kann von dem Legatar, wenn es in einer letztwilligen Anordnung wiederholt wird, nicht zugleich in Natur, und dem Werthe nach verlangt werden. Wird aber solches im Testament, und nachher im Codizill wiederholt; so erhält er es doppelt.

§. 117.

War die vermachte Sache zur Zeit der letzten Anordnung schon ein Eigenthum des Legatars; so ist das Legat

ohne Wirkung. Hat er es später an sich gebracht; so wird ihm der ordentliche Werth vergütet, wenn er es aber von dem Erblasser selbst, und zwar unentgeltlich erhalten hat, ist das Vermächtniß für aufgehoben zu halten.

§. 118.

c) Einer fremden Sache.

Das Vermächtniß einer fremden Sache, die weder dem Erblasser, noch dem Erben, oder Legatar, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist wirkungslos. — Gebührt den erwähnten Personen ein Antheil oder Anspruch an der Sache; so ist das Vermächtniß nur von diesem Anspruche, oder Antheile zu verstehen. Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten. Wenn aber der Erblasser ausdrücklich den Ankauf einer bestimmten fremden Sache für den Legatar verordnet, der Eigenthümer aber sie um den Schätzungspreiß nicht veräußern will, so ist dem Legatar dieser Werth zu vergüten.

§. 119.

d) Einer Forderung.

Das Vermächtniß einer Forderung, die der Erblasser an den Legatar zu machen hat, verpflichtet den Erben, den Schuldschein zurückzustellen, oder dem Legatar die Befreiung von der Schuld und den rückständigen Zinsen auszufertigen.

§. 120.

Vermacht der Erblasser jemanden eine Forderung, die er an einen Dritten zu machen hat; so muß der Erbe die Forderung sammt den rückständigen und weiter laufenden Zinsen dem Legatar überlassen, er haftet aber nicht für die Schuld.

§. 121.

Das Vermächtniß der Schuld, die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat, hat die Wirkung, daß der Erbe die von dem Erblasser bestimmt ausgedrückte, oder von dem Legatar ausgewiesene Schuld anerkennen, und sie, ohne Rücksicht auf die in der Schuldverschreibung enthaltene Bedingungen oder Fristen längstens in der, zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen muß. Den gefährdeten Gläubigern des Erblassers aber kann dessen Anerkennung nicht zum Nachtheil gereichen.

§. 122.

Die Erlassung der Schuld ist nur von den gegenwärtigen, nicht auch von den erst nach dem errichteten Vermächtnisse entstandenen Schulden zu verstehen. Wird durch ein Vermächtniß das Pfandrecht oder die Bürgschaft erlassen; so folgt nicht, daß auch die Schuld erlassen worden sey. — Werden die Zahlungsfristen verlängert; so müssen doch die Zinsen fortbezahlt werden.

§. 123.

Schuldet der Erblasser einer Person eine Summe, und er vermacht ihr eine gleiche Summe; so wird nicht vermuthet, daß er die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen. — Der Erbe zahlt in diesem Falle die Summe doppelt. Einmal als Schuld, und dann als Vermächtniß.

§. 124.

Unter dem Vermächtnisse aller ausstehenden Forderungen sind weder die, aus Staatspapieren, noch auch die aus einem dinglichen Rechte entstehende Forderungen begriffen.

§. 125.

e) Des Heirathsguths.

Das Heirathsguth kann vermacht werden, entweder um den Gatten von der Zurückzahlung desselben zu befreien;

oder, um den Erben zu verpflichten, daß er der Gattin die als Heirathsguth eingebrachte Summe, oder Sache ohne Beweis, und ohne Abzug der darauf verwendeten Kosten abführe. Hier gelten die für andere gemachte Forderungen gegebene Vorschriften.

§. 126.

Vermacht der Erblasser einer dritten Person ein unbestimmtes Heirathsguth; so versteht man darunter ohne Rücksicht auf ihr eigenes Vermögen, ein solches Heirathsguth, als der Vater dieser Person bei mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande abzureichen schuldig wäre.

§. 127.

Vermachen Eltern den Töchtern ein Heirathsguth; so wird dasselbe, wofern es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtniß erklärt worden ist, in den gesetzlichen, oder letztwilligen Erbtheil eingerechnet.

§. 128.

f) Des Unterhalts, der Erziehung oder Kost.

Das Vermächtniß des Unterhalts begreift Nahrung, Kleidung, Wohnung, und die übrigen Bedürfnisse, und zwar auf lebenslang, wie auch den nöthigen Unterhalt in sich. Alles dieses wird auch unter Erziehung verstanden. — Die Erziehung endigt sich mit der Volljährigkeit. Unter Kost wird Speise und Trank auf lebenslang begriffen.

§. 129.

Das Maas der im vorstehenden §. angeführten Vermächtnisse, wenn es weder aus dem ausdrücklichen, noch aus dem stillschweigenden, durch die bisherige Unterstützung erklärten Willen des Erblassers erhellet, muß nach dem Stande bestimmt werden, welcher dem Legatar eigen

ist, oder, wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist.

§. 130.

g) Der Mobilien des Hausraths.

Unter Mobilien oder Meublen werden nur die, zum anständigen Gebrauche der Wohnung; unter Hausrath, oder Einrichtung zugleich die, zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften verstanden. — Die Werkzeuge zum Betriebe des Gewerbes sind, ohne eine deutlichere Erklärung darunter nicht begriffen.

§. 131.

h) Eines Guths mit dem Inventarium.

Unter einem, mit dem Inventarium vermachten Guthe, werden nur die, zur Bebauung des Guths nöthige Geräthschaften, nicht das Haus- oder Wirthschafts-Inventarium verstanden.

§. 132.

i) Eines Behältnisses.

Ist jemanden ein Behältniß vermacht worden, welches nicht für sich selbst bestehet, sondern nur ein Theil eines Ganzen ist; so wird in der Regel vermuthet, daß diejenigen Stücke zugedacht worden sind, welche sich bei dem Ableben des Erblassers darin vorfinden, oder dazu gehören, und zu deren Aufbewahrung das Behältniß seiner Natur nach bestimmt worden ist.

§. 133.

Ist hingegen das Behältniß beweglich, oder doch eine für sich bestehende Sache; so hat der Legatar nur auf das Behältniß, nicht auch auf die darin befindlichen Sachen Anspruch.

§. 134.

Wird ein Schrank, ein Kasten, oder eine Lade, mit allen darin befindlichen Sachen vermacht; so rechnet man dazu auch Gold und Silber, Schmuck und baares Geld, selbst die, vom Legatar dem Erblasser ausgestellten Schuldscheine. Andere Schuldscheine, oder Urkunden, worauf sich Forderungen, und Rechte des Erblassers gründen, werden nur dann dazu gerechnet, wenn sich außer denselben nichts in dem Behältnisse befindet. Zu einem Vermächtnisse flüssiger Sachen gehören auch die zu ihrer Verführung bestimmten Gefäße.

§. 135.

k) Der Juwelen, des Schmucks und Putzes.

Unter Juwelen werden in der Regel nur Edelsteine, und gute Perlen; unter Schmuck auch die unechten Steine, und das aus Gold oder Silber verfertigte, oder damit überzogene Geschmeide, welches zur Zierde der Person dient; und unter Putz dasjenige verstanden, was außer Schmuck, Geschmeide, und Kleidungsstücken zur Verzierung der Person gebraucht wird.

§. 136.

l) Des Goldes oder Silbers, der Wäsche, Equipage.

Das Vermächtniß des Goldes oder Silbers begreift das verarbeitete und unverarbeitete, doch nicht das gemünzte, noch auch dasjenige in sich, was nur ein Theil, oder eine Verzierung eines anderen Verlassenschaftsstückes z. B. einer Uhr, oder einer Dose ausmacht. Die Wäsche wird nicht zur Kleidung, und Spitzen werden nicht zur Wäsche, sondern zum Putz gerechnet. Unter Equipage werden die, zur Bequemlichkeit des Erblassers bestimmten Zugpferde, und Wagen sammt dem dazu gehörigen Geschirre, nicht auch Reitpferde mit Reitzeug verstanden.

§. 137.

m) Der Baarschaft.

Das Legat der Baarschaften begreift das im Nachlaß vorgefundene baare Geld und das dessen Stelle vertretende Papiergeld.

§. 138.

n) Begriff des Vermächtnisses für die Kinder.

Unter dem Worte: Kinder, werden, wenn der Erblasser die Kinder eines Andern bedenkt, nur die Söhne, und Töchter: wenn er aber seine eigene Kinder bedenkt, auch die an deren Stelle tretenden Nachkömmlinge begriffen, welche bei dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren.

§. 139.

o) Verwandten.

Ein, ohne nähere Bestimmung für den Verwandten ausgesetztes Vermächtniß wird denjenigen, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die Nächsten sind, zugewendet, und die oben in dem §. 9 über die Vertheilung einer Erbschaft unter solchen Personen, welche für eine Person angesehen werden, aufgestellte Regel ist auch auf Vermächtnisse anzuwenden.

§. 140.

p) Dienstpersonen.

Das einer Dienstperson zugedachte Vermächtniß ist im Zweifel nicht auf ihren Lohn anzurechnen. Hat der Erblasser seinen Dienstpersonen ein Vermächtniß hinterlassen, und sie blos durch das Dienstverhältniß bezeichnet; so wird vermuthet, daß es diejenigen erhalten sollen, welche zur Zeit seines Ablebens in dem Dienste stehen. Doch kann in diesem Fall die Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe aufgehoben werden.

§. 141.

Anfalltag bei den Vermächtnissen.

Der Legatar erwirbt in der Regel gleich nach dem Tode des Erblassers für sich und seine Nachfolger ein Recht auf das Vermächtniß. Das Eigenthumsrecht auf die vermachte Sache aber kann nur nach denen für die Erwerbung des Eigenthums aufgestellten Vorschriften erlanget werden.

§. 142.

Zahlungstag.

Kleine Belohnungen des Dienstgesindes und das Legat des Unterhalts können sogleich, andere Vermächtnisse aber erst drei Monate nach erlangtem Besitz der Erbschaft gefordert werden.

§. 143.

Bei dem Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftsstückes kommen dem Legatar auch die, seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen, entstandenen Nutzungen, und jeder andere Zuwachs zu Statten. Er trägt hingegen auch alle, auf dem Legate haftende Lasten, und selbst den Verlust.

§. 144.

Wird jemanden ein, in wiederkehrenden Fristen, als: alle Jahre, Monate, und dergleichen zu leistender Betrag vermacht; so erhält der Legatar ein Recht auf den ganzen Betrag dieser Frist, wenn er auch nur den Anfang der Frist erlebt hat. Doch kann der Betrag erst mit Ablauf der Frist gefordert werden. Die erste Frist fängt mit dem Sterbtage des Erblassers zu laufen an.

§. 145.

Recht des Legatars zur Sicherstellung.

Bei einer wahrscheinlichen Gefahr, so wie bei bedingten Vermächtnissen kann der Legatar die Sicherstellung seines Legats verlangen.

§. 146.

Wem ein erledigtes Vermächtniß zufalle.

Ein Vermächtniß, welches der Legatar nicht annehmen kann, oder will, fällt auf den Nachberufenen. — Ist kein Nachberufener vorhanden, und ist das ganze Vermächtniß mehrern Personen ungetheilt, oder ausdrücklich zu gleichen Theilen zugedacht; so wächst der Antheil, den einer von ihnen nicht erhält, den übrigen eben so, wie den Miterben die Erbschaft zu. — Ausser den gedachten zwei Fällen bleibt das erledigte Vermächtniß in der Erbschaftsmasse.

§. 147.

Recht des Erben, wann a) die Lasten die Masse erschöpfen.

Wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft ist; so hat der Erbe nichts weiter als die Vergütung seiner, zum Besten der Masse gemachten Auslagen, und eine, seinen Bemühungen angemessene Belohnung zu fordern. Will er den Nachlaß nicht selbst verwalten; so muß er um die Anstellung eines Curators bitten.

§. 148.

Können nicht alle Legatare aus der Verlassenschaftsmasse befriediget werden; so wird das Legat des Unterhalts vor allen anderen entrichtet, und dem Legatar gebührt der Unterhalt von dem Tage des Erbanfalls.

§. 149.

oder b) gar übersteigen.

Reicht die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnissen nicht zu; so leiden die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug. Daher ist der Erbe, so lange eine solche Gefahr obwaltet, die Vermächtnisse ohne Sicherstellung zu berichtigen nicht schuldig.

§. 150.

Im Falle die Legatare die Vermächtnisse bereits empfangen haben, wird der Abzug nach dem Werthe, den das Vermächtniß zur Zeit des Empfanges hatte, und den daraus gezogenen Nutzungen bestimmt. Doch steht dem Legatar auch nach empfangenem Vermächtnisse noch immer frei, zur Vermeidung des Beitrags das Vermächtniß, oder den oben erwähnten Werth, und die bezogenen Nutzungen in die Masse zurückzustellen; in Rücksicht der Verbesserungen, und Verschlimmerungen wird er als ein redlicher Besitzer behandelt.

Siebenter Abschnitt.

Von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens.

§. 151.

Recht des Erblassers zur Einschränkung, oder Aenderung seines letzten Willens.

Der Erblasser kann seinen letzten Willen abändern, einschränken, oder ganz aufheben. Die Einschränkung geschieht auf eine, der Erbeseinsetzung oder dem Vermächtniß beigefügte Bedingung, oder auf einen Zeitpunct, nach dessen Erfolg solches in Wirkung treten soll.

§. 152.

Arten der Einschränkung des letzten Willens, 1) Bedingung a) unmögliche, unerlaubte, und unverständliche.

Eine Bedingung heißt ein Ereigniß, wovon ein Recht abhängig gemacht wird. Jede unmögliche, unerlaubte und unverständliche Bedingung wird für nicht beigefügt gehalten. — Die Bedingung ist aufschiebend, wenn das zuge-

dachte Recht, erst nach ihrer Erfüllung zu ihrer Kraft gelangt.

§. 153.

b) mögliche und erlaubte.

Sind die Bedingungen möglich und erlaubt; so kann das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden.

§. 154.

c) Bedingung der Nichtverehelichung.

Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar nicht heirathen solle, muß von einer verwittweten Person, wenn sie ein, oder mehrere Kinder hat, erfüllt werden. Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar eine bestimmte Person nicht heirathe, ist gültig.

§. 155.

d) wenn die Bedingung beim Leben des Erblassers erfüllt worden ist.

Ist die, in der letzten Willenserklärung vorgeschriebene Bedingung bei dem Leben des Erblassers schon eingetreten, oder erfüllt worden, so erhält der Legatar das Vermächtniß.

§. 156.

Die Bedingung ist nicht auf die Nachberufenen auszudehnen.

Eine dem Erben oder Legatar beigerückte Bedingung ist, ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers auf den von dem Erblasser nachberufenen Erben, oder Legatar nicht auszudehnen.

§. 157.

Wirkung einer möglichen aufschiebenden Bedingung.

Zur Erwerbung eines, unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe.

§. 158.

Die Erbeseinsetzung von einer gewissen Zeit an ist erlaubt, der Zufall aber, von dem sie abhängig seyn soll, für nicht beigesetzt zu halten.

Die Erbeseinsetzung von einer gewissen Zeit an gerechnet, ist erlaubt, der Zufall aber, von welchem sie abhängig gemacht wird, für nicht beigesetzt zu halten.

§. 159.

Erbeseinsetzung auf eine bestimmte Zeit.

Auf eine bestimmte Zeit kann jemand zum Erben eingesetzt werden, ist aber niemand substituirt; so fällt der Nachlaß den gesetzlichen Erben anheim.

§. 160.

Rechtsverhältniß bei einer Bedingung oder einem Zeitpuncte zwischen der bedachten und ihr nachfolgenden Person.

So lange das Recht des Erben, oder des Legatars wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung, oder wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunctes verschoben bleibt; so lange finden im ersten Falle zwischen dem gesetzlichen, und eingesetzten Erben, und im zweiten Falle zwischen dem Erben und Legatar in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuß des Nachlasses oder Legats, die nämlichen Rechte, und Verbindlichkeiten wie bei einer fideicommissarischen Substitution statt.

§. 161.

Das im Testament Vermachte, wird durch die vom Testator geschehene unmittelbare Uebergabe desselben an einen anderen, als den von ihm eingesetzten Erben oder Legatar von selbst aufgehoben.

§. 162 a)

Von Aufhebung der Anordnung 1) durch Errichtung einer neuen Anordnung eines Testaments, oder Codizills.

Ein früheres Testament, oder Codizill wird durch ein späteres gültiges Testament, oder Codizill nicht nur in Rücksicht der Erbeseinsetzung, sondern in Rücksicht der übrigen Anordnungen aufgehoben, dafern der Erblasser in dem zuletzt errichteten nicht deutlich zu erkennen giebt, daß das frühere ganz oder zum Theil bestehen solle. Diese Vorschrift gilt auch dann, wann in dem späteren Testamente der Erbe nur zu einem Theil der Erbschaft berufen wird. Der übrig bleibende Theil fällt nicht den, in dem früheren Testamente eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben zu.

§. 162. b)

Errichtet der Erblasser an ein und dem nämlichen Tage zwei schriftliche Privattestamente und sie stehen mit einander im Widerspruch; so gelten sie beide nicht. Enthalten sie nichts Widersprechendes, so erben alle eingesetzte Personen den Nachlaß.

§. 163.

2) Des Beisatzes der Unverbindlichkeit eines späteren Testaments ungeachtet gilt das letztere.

Wenn gleich in einem früher errichteten Testament der Beisatz enthalten ist, daß jede später vom Erblasser errichtete letztwillige Anordnung ungültig seyn solle; so wird solches dennoch durch ein, von ihm später errichtetes Testament aufgehoben.

§. 164.

Durch Widerruf.

Will der Erblasser seine Anordnung aufheben; ohne eine neue zu errichten; so muß er sie ausdrücklich entwe-

der mündlich, oder schriftlich widerrufen, oder die Urkunde vertilgen.

§. 165.

Ein Widerruf kann nur in einem solchen Zustande gültig geschehen, worin man einen letzten Willen zu erklären fähig ist. Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann ein, vor der Prodigalitätserklärung errichtetes Testament gültig widerrufen.

§. 166.

a) Einen ausdrücklichen.

Ein mündlicher Widerruf einer gerichtlichen, oder aussergerichtlichen letzten Anordnung erfordert so viele, und solche Zeugen, als zur Gültigkeit eines mündlichen Testaments nöthig sind, ein schriftlicher aber eine, von dem Erblasser eigenhändig geschriebene, und unterschriebene, und wenigstens von ihm, und denen zu einem schriftlichen Testament erforderlichen Zeugen unterfertigte Erklärung.

§. 167.

Eine Anordnung des Erblassers, wodurch er dem Erben, oder Legatar unter angedrohter Entziehung eines Vortheiles verbietet, den letzten Willen zu bestreiten, soll für den Fall, daß nur die Aechtheit, oder der Sinn der Erklärung angefochten wird, nie von einer Wirkung seyn.

§. 168.

b) stillschweigenden.

Wer in seinem Testament, oder Codizille die Unterschrift durchschneidet, sie durchstreicht, oder den ganzen Inhalt durchlöscht, oder aber die ihm aufgedruckte Siegel erbricht, vertilgt es. Wenn von mehreren gleichlautenden Urkunden nur eine vertilgt worden ist; so kann man daraus auf keinen Widerruf schließen.

§. 169.

Sind die Verletzungen der Urkunde nur zufällig geschehen; so verliert der letzte Wille seine Wirkung nicht, wenn anders der Zufall erwiesen werden kann.

§. 170.

Ist die Urkunde verloren gegangen; so muß derjenige, der ein Erbrecht darauf gründen will, nicht nur den Zufall, sondern auch die beobachteten Förmlichkeiten durch zwei Zeugen, den Inhalt derselben aber, durch die übereinstimmende Aussagen eben so vieler Zeugen erweisen, als zur Errichtung des Testaments erforderlich sind.

§. 171.

Will der Erblasser ein späteres gerichtliches Testament oder Codizill zurücknehmen; so ist er von der Gerichtsbehörde zu befragen: ob das frühere bei Kräften bleiben solle? darüber ein Protocoll aufzunehmen und zu deponiren. Eine frühere aussergerichtlich errichtete schriftliche Anordnung, lebt aber nach Vernichtung der späteren, nur dann auf, wenn solches in einem mit Beobachtung der in den §§. 30—36 vorgeschriebenen Förmlichkeiten verfaßten Aufsatze, vom Erblasser erklärt worden ist. Eine frühere aussergerichtlich mündlich errichtete letzte Anordnung ist nach Vernichtung der späteren ohne Würkung.

§. 172.

c) einen vermutheten, α) beim Legat der Forderung.

Das Legat der Forderung wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser dem Schuldner die Forderung nachläßt, oder ersterer für die gezahlte Schuld eine Sache angekauft hat; ferner, wenn die Schuld durch Gegenforderungen, wenn sie auch erst nach dem Zeitpunct des ausgesetzten Legats entstanden sind, aufgehoben wird, endlich

wenn der Erblasser die Forderung eingetrieben und erhoben, oder der Schuldner sie freiwillig abgetragen hat.

§. 173.

β) bei anderen Vermächtnissen.

Hat der Erblasser eine vermachte Sache verschenkt, sie veräußert, und nicht zurückerhalten; so ist das Legat ohne Würkung. Ist die Sache in ihrer Wesenheit geblieben und nur verändert, oder ohne Einwilligung des Erblassers verwandelt worden; so besteht das Legat.

§. 174.

3) durch Entsagung der Erben.

Will, oder kann weder ein Erbe, noch ein Nacherbe die Verlassenschaft annehmen; so fällt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben. Diese sind aber verpflichtet, die übrigen Anordnungen des Erblassers zu befolgen. Entsagen auch sie der Erbschaft; so werden die Legatare verhältnißmäßig als Erben betrachtet.

Achter Abschnitt.

Von der Besitznahme der Erbschaft.

§. 175.

Bedingungen zur rechtlichen Besitznehmung einer Erbschaft.

Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt, und von demselben die Uebergabe in den rechtlichen Besitz bewirkt werden.

§. 176.

Wie das Gericht bei einem Todesfall von Amtswegen vorzugehen habe, und welche Fristen, und Vorsichtsmaasregeln bei diesem Geschäft zu beobachten sind, bestimmen die Vorschriften über das gerichtliche Verfahren.

§. 177.

Ausweisung des Rechtstitels; Erbeserklärung.

Wer eine Erbschaft in Besitz nehmen will, muß den Rechtstitel, ob sie ihm vermöge des Gesetzes aus einer letzten Anordnung, oder aus einem gültigen Erbvertrage zufalle, dem Gerichte ausweisen, und sich ausdrücklich erklären, ob er die Erbschaft annehme, oder ausschlage.

§. 178.

Die Antretung der Erbschaft, oder die Erbeserklärung muß zugleich enthalten, ob sie unbedingt, oder mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums geschehe.

§. 179.

Wirkung der bedingten.

Die unbedingte Erbeserklärung hat zur Folge, daß der Erbe allen Gläubigern des Erblassers für ihre Forderungen, und allen Legataren für ihre Vermächtnisse haften muß, wenn gleich die Verlassenschaft nicht hinreicht.

§. 180.

Und der bedingten Erbeserklärung.

Wird die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventariums angetreten; so ist sogleich von der Gerichtsbehörde das Inventarium auf Kosten der Masse aufzunehmen. Ein solcher Erbe wird den Gläubigern, und Legataren nur so weit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre, und auch seine eigenen ausser dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht.

§. 181.

Berechtigung zur bedingten, oder unbedingten Antretung, oder Ausschlagung der Erbschaft.

Der Erblasser kann dem Erben den Vorbehalt dieser Rechtswohlthat nicht benehmen, noch die Errichtung eines Inventariums verbieten. Selbst der, in einem Erbver-

trage zwischen Ehegatten darauf geschehene Verzicht ist von keiner Würkung.

§. 182.

Die Errichtung des Inventariums kann auch von demjenigen verlangt werden, dem der Pflichttheil gebührt.

§. 183.

Wer seine Rechte selbst verwalten kann, dem steht frei, die Erbschaft unbedingt, oder mit Vorbehalt der obigen Rechtswohlthat anzutreten, oder auszuschlagen. Vormünder, und Curatoren sind zwar, unter diesem Vorbehalt, keineswegs aber ohne Einwilligung der vorgesetzten Behörde eine Erbschaft unbedingt anzunehmen, oder auszuschlagen befugt.

§. 184.

Der Erbe kann seine gerichtliche Erbeserklärung nicht mehr widerrufen, noch auch die unbedingte abändern, und sich die Rechtswohlthat des Inventariums vorbehalten.

§. 185.

Wenn aus mehreren Miterben einige unbedingt, andere aber, oder auch nur einer aus ihnen mit Vorbehalt der erwähnten Rechtswohlthat sich zu Erben erklären; so ist ein Inventarium zu errichten, und die auf diesen Vorbehalt beschränkte Erbeserklärung zum Grunde zu legen. In diesem, so wie in allen Fällen, wo ein Inventarium errichtet werden muß, genießt auch derjenige, welcher eine unbedingte Erbeserklärung abgegeben hat, so lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden, die rechtliche Wohlthat des Inventariums.

§. 186.

Wird jemand zum Erben eingesetzt, dem auch ohne letzte Willenserklärung das Erbrecht ganz oder zum Theil gebührt hätte; so ist er nicht befugt, sich auf die gesetzliche

Erbfolge zu berufen, und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln. Er muß die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten, oder ihr ganz entsagen. Personen aber, denen ein Pflichttheil gebührt, können die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichttheils ausschlagen.

§. 187.

Uebertragung der Erbschaft.

Stirbt der Erbe ehe, als er die angefallene Erbschaft angetreten, oder ausgeschlagen hat; so treten seine Erben, wenn der Erblasser diese nicht ausgeschlossen, oder nicht andere Nacherben bestimmt hat, in das Recht, die Erbschaft anzunehmen, oder auszuschlagen.

§. 188.

Vorkehrungen vor der Besitzübertragung der Erbschaft, a) Verwaltung.

Wenn der Erbe bei Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweiset, ist ihm die Besorgung und Benutzung der Verlassenschaft zu überlassen.

§. 189.

b) Sicherstellung, oder Befriedigung der Gläubiger.

Für die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger des Erblassers wird vom Gerichte nicht weiter gesorgt, als sie selbst es verlangen. — Die Gläubiger sind aber nicht schuldig, eine Erbeserklärung abzuwarten. Sie können ihre Ansprüche gegen die Masse anbringen, und begehren: daß zur Vertretung derselben ein Curator bestellt werde, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können.

§. 190.

c) Absonderung der Verlassenschaft, von dem Vermögen des Erben.

Besorgt ein Erbschaftsgläubiger, ein Legatar, oder ein Notherbe, daß er durch Vermengung der Verlassenschaft

mit dem Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr laufen könne; so kann er vor der Besitzübertragung verlangen, daß die Erbschaft von dem Vermögen des Erben abgesondert, vom Gerichte verwahrt, oder von einem Curator verwaltet, sein Anspruch darauf vorgemerkt, und berichtiget werde. In einem solchen Falle hat ihm aber der Erbe, obschon dieser sich unbedingt als Erbe erklärt hätte, aus eigenem Vermögen nicht mehr zu haften.

§. 191.

d) Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger.

Dem Erben, oder dem aufgestellten Verlassenschafts-Curator steht es frei, zur Erforschung des Schuldenzustandes die Ausfertigung einer Edictalladung, wodurch alle Gläubiger zur Anmeldung und Darthuung ihrer Forderungen auf eine, den Umständen angemessene Zeit einberufen werden, nachzusuchen, und bis nach verstrichener Frist, mit der Befriedigung der Gläubiger inne zu halten.

§. 192.

Würkung der Einberufung,

Die Würkung dieser gerichtlichen Einberufung ist, daß den Gläubigern, welche sich binnen der bestimmten Zeitfrist nicht gemeldet haben, an die Verlassenschaft, wenn sie durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft worden ist, kein weiterer Anspruch zustehet, als insofern ihnen ein Pfandrecht gebühret.

§. 193.

oder der Unterlassung derselben.

Unterläßt der Erbe die ihm bewilligte Vorsicht, der gerichtlichen Einberufung; oder befriedigt er sogleich einige der sich anmeldenden Gläubiger, ohne auf die Rechte der

übrigen Rücksicht zu nehmen, und bleiben einige Gläubiger aus Unzulänglichkeit der Verlassenschaft unbezahlt; so haftet er ihnen ohngeachtet der bedingten Erbeserklärung mit seinem ganzen Vermögen in dem Maaße, als sie die Zahlung erhalten haben würden, wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden wäre.

§. 194.

e) Ausweisung der Erfüllung des letzten Willens, entweder vom Testaments = Executor,

Hat der Erblasser einen Vollzieher (Executor) seines letzten Willens ernannt; so hängt es von dessen Willkühr ab, dieses Geschäft auf sich zu nehmen. Hat er es übernommen; so ist er schuldig, entweder als ein Bevollmächtigter die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen, oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben.

§. 195.

oder von dem Erben.

Ist kein Vollzieher des letzten Willens ernannt, oder unterzieht sich der Ernannte dem Geschäfte nicht; so liegt dem Erben unmittelbar ob, den Willen des Erblassers so viel möglich zu erfüllen, oder die Erfüllung sicher zu stellen, und sich gegen das Gericht darüber auszuweisen. In Ansehung bestimmter Legatare hat er blos darzuthun, daß er denselben von dem, ihnen zugefallenen Vermächtnisse Nachricht gegeben habe.

§. 196.

Was der Erbe, ehe er zum Besitze der Erbschaft gelangen kann, an Abgaben zu entrichten, und im Falle, daß

sei Erblasser gegen die Staatscasse in Verrechnung gestanden ist, deswegen auszuweisen habe, darüber enthalten die landesherrlichen Edicte vom $\frac{8}{9}$. October 1809 — $\frac{9}{11}$. October 1815 — $\frac{26}{27}$. Jenner 1816 nähere Bestimmungen.

§. 197.

Wann die Besitzübertragung der Erbschaft geschieht?

Sobald über die eingebrachte Erbeserklärung der rechtmäßige Erbe vom Gerichte erkannt, und von demselben die Erfüllung der Verbindlichkeiten geleistet worden ist, wird ihm der Besitz der Erbschaft gerichtlich übertragen. Um aber die Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Sachen zu erwirken, hat der Erbe die Eintragung in die öffentlichen Bücher durch ein, auf den Grund des Inventariums zu ertheilendes richterliches Decret zu erwirken.

§. 198.

Haftung der gemeinschaftlichen Erben.

Mehrere Erben, welche eine gemeinschaftliche Erbschaft, ohne die rechtliche Wohlthat des Inventariums angetreten haben, haften allen Erbschaftsgläubigern, und Legatarien auch nach der gerichtlichen Besitzübertragung, Alle für Einen, und Einer für Alle. Unter sich aber sind sie nach Verhältniß ihrer Erbtheile beizutragen schuldig.

§. 199.

Haben die gemeinschaftliche Erben von der rechtlichen Wohlthat des Inventariums Gebrauch gemacht; so sind sie vor der Besitzübertragung den Erbschaftsgläubigern,

und Legataren nach Th. 1. §. 11 zu haften verbunden. Nach der Besitzübertragung haftet jeder Einzelne selbst für die, die Erbschaftsmasse nicht übersteigenden Lasten, nur nach Verhältniß seines Erbtheiles.

§. 200.

Sicherheitsmittel der Gläubiger des Erben.

Gläubiger des Erben können zwar das ihm zugefallene Erbrecht auch vor der gerichtlichen Besitzübertragung mit Verbot, Pfändung oder Vormerkung belegen. Eine solche Sicherstellung kann jedoch nicht anders, als mit dem ausdrücklichen Vorbehalte ertheilt werden, daß sie allen vorkommenden Ansprüchen an die Verlassenschaft unnachtheilig, und erst von Zeit der erlangten Besitzübertragung wirksam seyn solle.

§. 201.

Erbschaftsklagen.

Auch nach der gerichtlichen Besitzübertragung kann der Besitznehmer von demjenigen, der ein besseres, oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet, auf Abtretung, oder Theilung der Erbschaft belangt werden. Das Eigenthum einzelner Erbschaftsstücke wird nicht mit der Erbschafts- sondern der Eigenthumsklage verfolgt.

§. 202.

Würkung derselben.

Wenn der Beklagte zur Abtretung der Verlassenschaft ganz, oder zum Theil für schuldig erkannt wird, so sind die Ansprüche auf die Zurückstellung der von dem Besitzer bezogenen Früchte, oder auf die Vergütung der von

demselben in dem Nachlaß verwendeten Kosten, nach denen Grundsätzen zu beurtheilen, welche in Rücksicht auf den redlichen, oder unredlichen Besitzer in dem Abschnitte vom Besitze überhaupt festgesetzt sind. Ein dritter redlicher Besitzer ist für die, in der Zwischenzeit erworbenen Erbstücke, niemanden verantwortlich.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Dalwigk, Karl Friedrich August Philipp von, 1761-1825

Versuch einer philosophisch juristischen Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des römischen Rechts, neueren Gesetzbücher und mehreren Landesstatuten mit Gesetzesvorschlägen
Bd.: 2

Wiesbaden (1820)

J.germ. 38 h-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550882-1